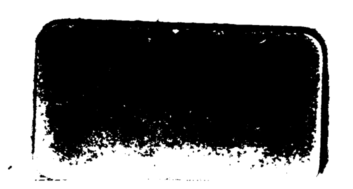
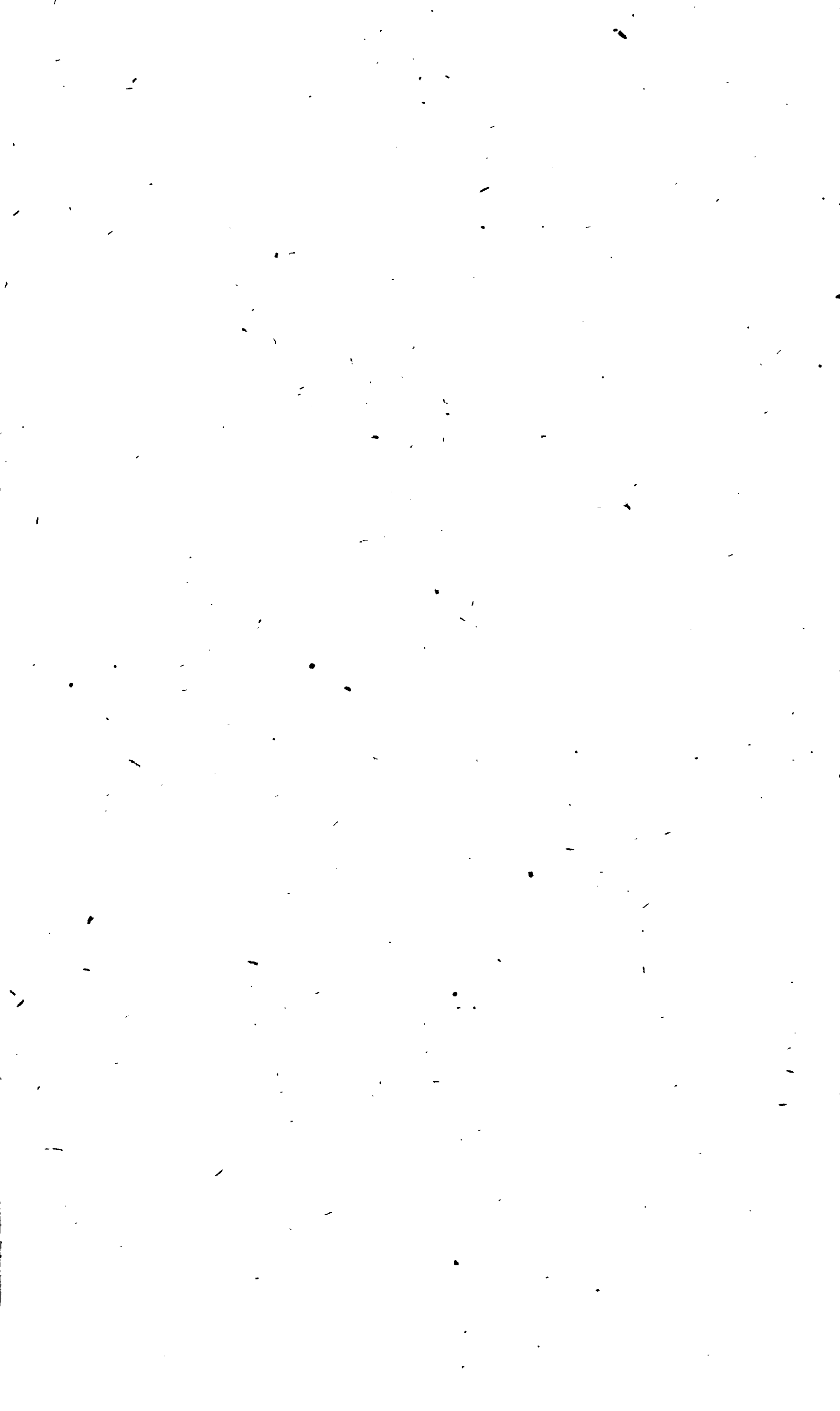

WIDENER LIBRARY
HX GFE5 E


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
VE
RI
TAS
CHRISTO
ECCLESIAE







Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

für meine Zuhörer

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Vierten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1796.

Vorrede.

Der bisherige langsame Fortgang dieses Werks hat lediglich in der Menge meiner Amtsgeschäfte seinen Grund, denn die angefangene Arbeit unvollendet liegen zu lassen, wie das Gerücht verbreitete, war nie meine Absicht. Ich darf auch dem Publikum Hoffnung machen, daß die Fortsetzung dieses Commentars in Zukunft schneller folgen werde, weil vor der Hand für die Erleichterung meiner Facultäts-Arbeiten gesorgt worden ist. Der erste Abschnitt des vierten Bandes, den das Publikum hier erhält, faßt theils die Lehre von der Cumulation der Klagen aus dem Titel de edendo, theils die Theorie des römischen Rechts von Verträgen und Contracten in sich, welche in dem nächsten Abschnitt dieses Bandes fortgesetzt werden wird. Daß ich auch hier die Hauptstellen der Gesetze überall erklärt, und dabey die besten und neuesten Schriften benutzt habe, wird ein Jeder von selbst finden. Nur eins und das andere, so meiner Aufmerksamkeit entgangen ist, muß ich hier nachholen. So muß zuförderst S. 4. zu den in der Not. 11. angeführten Schriften noch *Io. Fried.* MEISSNER Diss. de concursu et cumulatione actionum Goett. 1794. beygefügt werden. Sodann verdient S. 10. Not. 27. über die L. 130. *D. de R. I.* noch besonders *Ger.* PAN Diss. ad regulam iuris, quae extat in L. CXXX. D. de R. I. *Lugd. Batavor.* 1786. 4. nachgesehen zu werden, welcher sehr ausführlich zeigt, daß die angeführte Regel aus dem §. 1. *I. si quadrupes pauper. fecisse dicatur* zu erklären, und der Sinn derselben kein anderer sey, als daß diejenigen Klagen, welche durch die ältern, besonders durch die Zwölftafelgesetze, eingeführt worden, keineswegs durch die nachher eingeführten neuern Klagen aufgehoben worden sind, sondern daß es von des Klägers Wahl abhange, ob er die alte oder die neue Klage anstellen wolle; dieses finde zwar vorzüglich bey Pönalklagen, doch aber bey diesen nicht al-

lein,

lein, sondern auch bei andern bloß persecutorischen oder gemischten Klagen statt. Ferner S. 40. Not. 13. ist über die *L.* 8. §. 1. *D. de Edendo* noch zu bemerken KOEHLER in Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. c. 12. §. 1. Nicht unangenehm wird es auch den Freunden der Litteratur seyn, sie beyläufig zu versichern, daß der Verfasser der S. 49. Not. 39. angeführten teutscher Uebersetzung des Pandectentitels de pactis, welche die Sammlung der römischen Gesetze, Frkfurt und Leipzig 1785. 8. enthält, und von jedem Kenner als Muster einer critisch richtigen Erklärung der Gesetze dieses Titels angesehen worden ist, mein verehrungswürdiger Freund, der Hr. Geh. Tribunalsrath Höpfner in Darmstadt sey. Er hatte, wie er mir am 27. April 1795. schrieb, noch in Giesen den Gedanken, die wichtigsten Titel der Pandecten auf diese Weise zu bearbeiten, auch mehrere wirklich ausgearbeitet. Seine Amtsveränderung aber nöthigte ihn, diesen Plan aufzugeben. Jeder Freund der eleganten Rechtsgelehrsamkeit wird hierbey gewiß mit mir dem Wunsche von ganzem Herzen einstimmen, daß es diesem so competenten Rechtsgelehrten gefallen möchte, seine übrigen meisterhaften Arbeiten dem Publicum noch mitzutheilen. Uebrigens ist S. 76. Not. 8. den daselbst angeführten Schriftstellern noch vorzüglich beyzufügen *Alex. Arn.* BAGENSTECHER Benedictorum lib. unus. *Bremae.* 1700. Collat. IV. p. 33. sqq. Dahingegen ist S. 155. Not. 2. bey *Marc.* LYKLAMA statt Eccl. 18. vielmehr *Eccl.* 16. und S. 243. Z. 19. statt erklärte vielmehr milderte zu lesen. Andere minder bedeutende Druckfehler zu verschweigen. Erlangen den 8. April 1796.

C. F. Glück.

Fort-

Fortsetzung
des 13. Titels im zweyten Buch
de Edendo.

§. 284. a.
Von der Cumulation und den mancherley Arten der Concurrenz der Klagen.

Zuweilen können mehrere Klagen zugleich in einer Klageschrift vorgetragen werden. Hieraus entstehet eine Cumulation der Klagen, welche also überhaupt nichts anders ist, als die Verbindung mehrerer Klagen in dem nämlichen Klageschreiben. Ob solche bey den Römern zuläßig gewesen, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Die meisten [1]) wollen behaupten, daß das römische Formularwesen eine Vereinigung mehrerer Klagen nicht gestattet habe, und dieser Meinung ist auch unser Autor. Allein zu geschweigen, daß die Klagformeln in neuern Zeiten aufgehoben worden [2]); so überzeugen uns verschiedene

1) CHARONDAS Lib. III. Verisimil. cap. 7. GIPHANIUS Antinomiar. iur. civ. Lib. IV. Disp. 41. n. 27. sq. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 14. *Io. Frid.* BOECKELMANN in Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 6. WISSENBACH in Exercitat. ad L. libros Pandectar. Disputat. VIII. Thes. 19. *I. H.* BOEHMER in doctrina de actionib. Sect. III. §. 1. Schmidt im pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 104. und Ernst Gottfr. Schmidts theoretisch-practischer Commentar über seines Vaters angeführtes Lehrbuch 1. Band. S. 159.

2) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 270. S. 534.

schiedene Stellen sowohl in den römischen Classikern als auch in unsern Gesetzen, daß die Klagformeln der Cumulation der Klagen nicht schlechthin entgegen gestanden [3]), sondern letztere nur insofern unstatthaft gewesen, als man der nämlichen Sache wegen zwey verschiedene Klagen von einerley Endzweck mit einander verbinden wollte [4]), wie schon Anton Schulting [5]) bemerkt hat. Die Anhäufung mehrerer Klagen von verschiedenem Endzweck, wenn sie nur vor einem und eben demselben Richter angestellt werden konnten, wird daher selbst im römischen Recht erlaubt [6]), ja zuweilen stand es dem Kläger frey, sogar mehrere Klagen einerley Endzwecks in einem Libell alternativisch zu vereinigen, wenn es nämlich zweifelhaft war, welche Klage in einem gewissen Falle wider den Beklagten eigentlich Statt finden,

3) QUINCTILIANUS Instit. Orator. Lib. III cap. 16. *L. 11. pr. D. de Iurisdict. L. ult. Cod. de annal. except. Ital. contract. toll.*

4) *L. 76. §. 8. D. de Legat. II. L. 43. §. 1. D. de Reg. iur.* Eben dieses ist auch der Sinn der *L. 6. D. de Except. rei iudic.* wo es heißt: Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur, wie SCHULTING ad Iulii Pauli Sentent. Receptar lib. V. Tit. XXXIII. §. 5. not. 22. *Iurisprud. Antejust.* pap. 532. zeigt. Man sehe auch HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 10.

5) Enarrat. part. I. Digestor. h. t. §. 7.

6) *L. 25. §. 3. et 4. D. fam. ercisc. L. 52. §. 14. D. pro Socio. L. 10. D. de Act. emti vend.* S. *Hug.* DONELLUS in Commentar. de iure civili Lib. XXI. Cap. 3. n. 30. sq. und Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 113. c. S. 53.

finden [7], oder welche für den Kläger die vortheilhafteste seyn möchte, und es gehörte in einem solchen Falle zum Amte des Richters, alsdann dasjenige zuzuerkennen, was die vortheilhafteste Klage mit sich brachte [8]. Jedoch ist nicht zu bezweifeln, daß die heutige Praxis von der Cumulation der Klagen vorzüglich durch Einführung des canonischen Rechts ihre Erweiterung und Bestätigung erhalten habe [9]. Eine Cumulation der Klagen läßt sich nun ohne

A 2 dem

7) *L. 1. §. 4. D. Quod legator.* Quoties incertum est, quae potius actio teneat, duas dictamus, protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. Hierauf spielt auch SENECA de Clementia lib. II. cap. 3. an, wenn er sagt: *Plura proponere est tutius, ne una definitio parum rem comprehendat, et, ut ita dicam, formula excidat.*

8) §. 4. *l. Quod cum eo, qui in alter. potest. L. 41. §. 1. D. de Obligat. et Action.* In der letztern Stelle heißt es: Si ex eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantumdem aut minus, *nil consequatur*, so muß unstreitig mit Cujaz Observat. lib. III. cap. 25. und lib. XV. cap. 23. gelesen werden. Eben dieser Meinung ist auch *Franc.* HOTOMANNUS Quaestion. illustr. libro Qu. 28. pag. 213. Zwar wollen *Io.* ROBERTUS Receptar. lection. Lib. II. cap. 25. *Iac.* RAEVARDUS in Comm. ad L. 130. D. de Reg. Iur. *Em.* MERILLIUS lib. III. Variant. ex Cujacio cap. 10. und PAGENSTECHER Admonitor. in Pandect. Tit. de Obligat. et Action. § 289. diese Emendation nicht billigen, und ihnen stimmt auch IAUCHIUS in Meditat. crit. de negationibus Pandect. Florentin. Cap. 13. pag. 183. bey; allein ich zweifle, ob ihre erzwungene Erklärung bey einem prüfenden Leser Beyfall finden wird.

9) *Cap. 2. et 6. X. de Caus. possess. et propriet. Cap. 36. in fin. X. de Testib.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 104. und die daselbst von der Cumulation der Klagen angeführte Schrif-

dem Vorhandenseyn mehrerer Rechtsmittel nicht gedenken, wenn gleich deswegen nicht bey jeder Concurrenz mehrerer Klagen immer eine Verbindung derselben in einerley Klageschrift geschehen kann, denn ob und wie die vorhandenen mehreren Rechtsmittel, ohne daß das eine dem andern hinderlich ist, zugleich in einen gerichtlichen Vortrag zu bringer sind, ist blos aus ihrer Eigenschaft und der dabey obschwebenden Absicht zu beurtheilen, wie in der Folge gezeigt werden soll [10]. Zuförderst muß ich von der mancherley Art, wie mehrere Klagen zusammen kommen können, das nöthige vorausschicken [11]. Eine Mehrheit von Klagen findet

Schriften, denen nur noch beyzufügen *Io. Iac. Ios.* KIRSCHBAUM Diss. de concursu et cumulatione actionum tam de iure Rom. quam de praxi supremorum Imperii Archidicasteriorum. *Heidelbergae* 1772.

10) Schmidts Commentar 1. Band S. 159.

11) Schon der römische Jurist PAULUS hatte über diese Lehre de concurrentibus actionibus ein besonderes Buch geschrieben wie aus der Ueberschrift der *L.* 34. *D. de Obligat. et action.* und *L.* 88. *D. de furt.* erhellet. In neuern Zeiten ist dieselbe in folgenden Schriften abgehandelt worden. *Iac.* CUJACIUS Observat. lib. VIII. Cap. 24. *Franc.* HOTOMANNUS in Quaestion illustr. libro Quaest. 28. *Iac.* GOTHOFREDUS in Comm. ad L. 43. et 130. D. de Reg. iur. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXI. cap. 3. *Vincent.* CABOTIUS in var. iuris publ. et privati Disputationib. Lib. I. cap ult. *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 615.) *Io.* SUAREZ DE MENDOZA in Comment. ad Leg. Aquiliam Lib. III. Cap. 1. 2. et 3. (*Th. Meermann.* Tom. II.) *Andr. Raimund.* PAUCY Tract. de concurrentibus actionibus. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. Cap. 14. et 15. Vorzüglich *Ioseph.* FINESTRES *et de* MONSALVO Dissertat. de concurrentibus actionibus ad L. 32.

findet nämlich entweder blos in Absicht auf die streitenden Theile statt, denen oder wider welche dieselben zustehen, oder sie beziehet sich auf den streitigen Gegenstand selbst, und desselben Rechtsgrund. Im ersten Falle ist eine subjective, im andern aber eine objective Concurrenz mehrerer Klagen vorhanden. Die erstere findet statt,

1) wenn einem Kläger, der nämlichen Forderung wegen, mehrere Klagen wider verschiedene Beklagte zustehen. So z. E. wer mit einem filio familias in Ansehung des Sonderguts contrahirt hat, kann seiner Forderung wegen gegen den Vater actione de peculio, so weit solches zureicht, und gegen den Sohn ex contractu auf das Ganze klagen [12]. Denn beyde sind seine Schuldner geworden. Eben so hat derjenige, welcher mit einem Schiffs-Factor über ein demselben anvertrautes Geschäft einen Contract geschlossen, die Wahl, ob er den Schiffs-Patron mit der actione exercitoria, oder den Factor ex contractu belangen wolle [13].

2) Können mehreren Klägern verschiedene Klagen, welche aus einerley Grunde oder obligatorischen facto her-

 rühren,

L. 32. D. de Obligat. et Action. in *Hermogeniano* Tom. I. pag. 601. sqq. und *Hermann. a* VIANEN Disputat. de concursu actionum. *Trajecti* ad Rhenum 1736. auctior recusa in *Ger.* OELRICHS. *Thes. novo Dissert. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. IV. pag. 259. sqq. Siehe auch *Achat. Lud. Car.* SCHMIDII Commentat. de concursu actionum. *Ienae* 1753. 4.

12) *L. 44. D. de peculio. L. 57. D. de Iudiciis. Petr.* FABRI Semestrium Lib. I. Cap. 12.

13) *L. 1. §. 17. D. de Exercitor. act.* S. HELLFELD §. 881. dieses Lehrbuchs. Mehrere Beyspiele enthalten *L. 76. §. 1. D. de Furt.* und *L. 6. §. ult. D. Naut. caup. et stabular.*

rühren, wider eben denselben Beklagten zustehen. Z. B. so entstehen zuweilen, wie **Neratius** sagt, aus einer und eben derselben Injurie drey ganz verschiedene Injurienklagen, deren keine die andere aufhebt. Denn man setze, sagt er, daß Jemand meine Frau, die noch eine filia familias ist, beschimpfet habe, so stehet nicht nur mir, sondern auch ihrem Vater und ihr selbst eine Injurienklage gegen eben denselben Injurianten zu[14]). Ja zuweilen kann, wie **Justinian** noch hinzufügt[15]), diese nämliche Injurienklage vier verschiedenen Personen zustehen, wenn nämlich der Ehemann selbst noch unter väterlicher Gewalt stehet; denn in diesem Falle kann auch der Schwiegervater iniuriarum klagen. Endlich

3) können mehrere Klagen verschiedenen Klägern wider verschiedene Beklagte zustehen. Z. B. wenn mehrere Pupillen die noch in ungetheilter Gemeinschaft des väterlichen Vermögens sind, zwey Vormünder haben, denen die Tutel zur gemeinschaftlichen Führung übertragen worden ist, so stehet jedem derselben die actio tutelae gegen diese Vormünder zu[16]).

Ich komme nun auf die **objective Concurrenz der Klagen**, welche einem Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehen. Diese ist wieder von verschiedener Art. Die mehreren Klagen sind nämlich entweder auf ganz verschiedene Gegenstände und Zwecke gerichtet, so daß keine

14) *L. 1. §. ult. L. 18. §. 2. D. de Injur.* Add. *L. 41. D. eod.* et *L. 2. Cod. eodem.*

15) *§. 2. I. de Injur.*

16) L. 9. *pr. D. de Transact. L. 5. Cod. Arbitr. tutel.* HELLFELD T. II. §. 1370 seines Lehrbuchs.

keine die andere ausschließt, sondern eine jede derselben mit der ihr eigenen Wirkung angestellet werden kann, oder sie sind von der Art nicht. Im ersten Falle ist eine kumulative Zusammenkunft der Klagen vorhanden, und diese tritt in folgenden Fällen ein;

1) wenn mehrere Klagen aus einerley Quelle herrühren, oder wenn sie auch an sich einen verschiedenen Grund haben sollten, doch wenigstens durch ein gewisses Hauptfactum veranlaßt worden sind, und dabey auf ganz verschiedene Zwecke gehen[17]). So z. B. kann wegen eines

17) *L.* 32. *D. de Obligat. et Action.* Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit. Aus dieser Stelle erhellet zugleich, daß die Frage, in wiefern die aus einem Delict entspringende mehrere Klagen neben einander Statt finden? unter den alten römischen Rechtsgelehrten streitig gewesen sey. Die verschiedenen Meinungen derselben führt Paulus in der *L.* 34. *pr. D. eodem* an, wo er den Fall entscheidet, wenn ein fremder Sklave von Jemand auf eine schimpfliche Art gemißhandelt worden. Aus diesem einzigen Factum entspringt eine zwiefache Klage, die Aquilianische und die Injurienklage. Verschiedene Rechtsgelehrten behaupteten nun, daß beyde Klagen nur electivisch concurrirten. Habe also der beleidigte Herr des Sklavens eine von beyden gewählt, so sey die andere erloschen. Allein diese Meinung verwirft Paulus, und hält vielmehr dafür, daß beyde Klagen Statt finden. Eben dieser Meinung war auch Ulpian, wie aus *L.* 15. §. 46. *D. de Injur.* erhellet, wo er dem Herrn des gemißhandelten Sklavens beyde Klagen die Aquilianische nebst der Injurienklage mit voller Wirkung giebt, und zwar aus dem ganz richtigen Grunde, quia altera actio ad damnum pertinere

eines begangenen Diebstahls nach römischen Rechte zugleich condictione furtiva und actione furti geklagt werden, ohne daß die eine Klage die andere aufhebt. Denn die actio furti gehet bloß auf die Privatstrafe, die condictio furtiva aber wird auf die Erstattung der gestohlnen Sache selbst gerichtet [18]). Eben so concurrirt die actio furti mit allen Klagen aus Contracten cumulativisch, wenn mit der Sache

tineret iniuria datum, altera ad contumeliam, adeoque duae sint aestimationes. Man sehe auch *L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil.* Nur darin dachte Paulus billiger, daß er glaubte, der Kläger müsse sich auf die andere Klage das anrechnen lassen, was er durch die erstere bereits erhalten; dieß dünkt mir der eigentliche Sinn der Worte der angeführten L. 34. zu seyn; Rationabilius est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit actionem, prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exequi. Denn *quod amplius in altera est*, heißt nichts anders als id, quod restat, subducto eo, quod actione priori instituta iam consecutus est actor wie a VIANEN in Diss. cit. de concursu actionum Cap. III. §. 5. diese Worte ebenfalls verstehet. Unter den mancherlei Meinungen der Rechtsgelehrten über die Concurrenz der aus einem Delict entstehenden Klagen hat endlich diejenige, wie Hermogenian sagt cit. L. 32. nach vielem Dispüt das Uebergewicht erhalten, nach welcher diese Klagen alle mit Wirkung angestellt werden können, ohne daß eine die andere ausschließt. Diese Meinung wurde sowohl durch den Gerichtsgebrauch als durch Gesetze bestätigt. *L. 20. Cod. de Furt. §. 1. I. Si quadrup. paup. fec. dic.* S. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 14. und *Fr.* RAGUELLUS in Commentar ad Constitut. et Decision. Iustiniani. Lib. VI. pag. 392. sqq.

18) *§. 19. I. de obligat. quae ex delict. L. 7. §. 1. D. de condict. furt. L. 54. §. 3. D. de furt.*

Sache ein contractswidriger Gebrauch gemacht worden ist, z. B. mit der actione commodati[19]), mandati[20]), pro socio[21]), actione locati[22]), depositi[23]) u. d. Denn wenn gleich die actio furti und actio ex contractu eine verschiedene causam specialem haben, so sind sie doch wenigstens durch ein Haupt-Factum, nämlich durch des furtum, veranlasset worden. Ja zuweilen kann ein und eben dasselbe unerlaubte Factum wegen der dabey concurrirenden besondern Umstände mehrere Verbrechen unter sich begreifen, und daher mehrere verschiedene Klagen erzeugen. So z. B. entstand aus der Verführung eines fremden Sklavens zur Dieberey sowohl die actio servi corrupti als die actio furti, weil hier zwey besondere Verbrechen concurrirten, nämlich furtum und servi corruptela, welche das einzige factum solicitationis unter sich begriff. Der Herr des Sklavens konnte daher beyde Klagen mit vollkommener Wirkung anstellen, quia altera alteram non minuit, wie Ulpian sagt[24]). Eben so concurriren auch die aus einem Verbrechen entstehende Civil- und Criminal-

19) *L.* 5. §. 8. *D. Commod.* *L.* 54. §. 1, *D. de furt.* *Rad.* FORNERIUS Lib. I. Rerum Quotid. cap. 23. (in *Thes. Otton.* Tom. II.)

20) *L.* 22. §. 7. *D. Mandati.* *L.* 7. *Cod. de Furt.*

21) *L.* 45. *D. pro Socio.* PAULUS lib. II. Sentent. Recept. Tit. XXXI. §. 26.

22) *L.* 46. *D. pro Socio.* *L.* 42. *D. Locati.*

23) *L.* 29. *pr. D. depositi.* Vid. *Corn. van* BYNCKERSHOEK lib. VIII. Observat. iur. Rom. Cap. 5. pag. 301. edit. *Heinecc.*

24) *L.* 11. §. 2. *D. de Serv. corrupt.* Mehrere Beispiele enthalten *L.* 14. §. 1. *D. de praescript. verb.* *L.* 6. *pr. D. ad Leg. Iul. de adulter.*

nalklage cumulative. Denn erstere ist bloß auf Privat-Satisfaction, letztere aber auf öffentliche Strafe gerichtet[25]). Also hebt eine die andere nicht auf[26]).

2) Wenn mehrere unerlaubte Handlungen an einerley Gegenstand verübt worden sind, so entstehet daraus eine Mehrheit von Klagen, deren keine die andere ausschließet[27]).

Nun-

25) Z. B. das iudicium finium regundorum und die actio criminalis termini moti. *L. 4. §. 4. D. Fin. Regund.* Ferner das Interdictum de tabulis exhibendis und die actio criminalis ex Lege Cornelia testamentaria wegen eines unterschlagenen Testaments. *L. 3. §. 6. D. de Tab. exhib.* L. *un. Cod. Quando civ. act. crim. praejud.*

26) Von diesem Concursu actionum civilium cum criminalibus handelt vorzüglich FINESTRES in Diss. cit. Sect. II. in *Hermogeniano* pag. 687. sqq.

27) L. 130. *D. de Reg. iur.* L. 60. *D. de Obligat. et action.* Wo die Regel gegeben wird: Nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit. Ueber diese Regel vergleiche man CUJACIUS in Praelect. ad Tit. D. de Reg. iur. ad L. 130. et lib. VIII. Observat. c. 24. *Petr.* FABER in Comment. ad eand. *Leg. Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad eand. L. 130. *Vincent.* CABOTIUS Disputationum. Lib. I. cap. 30. in *Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 616. sq. und a VIANEN cit. Diss. Cap. III. §. 6. Nun scheint zwar jener Regel der Ausspruch des Modestinus in der *L.* 53. *pr. D. de Obl. at. act.* entgegen zu seyn, wo er sagt: Plura delicta in una res plures admittunt actiones: Sed non posse omnibus uti, probatum est. Allein Modestin will nur so viel sagen, man könne die mehreren Klagen nicht immer mit der Wirkung anstellen, daß man mittelst einer jeden derselben das Ganze erhalte, sondern wenn die mehreren Klagen z. B. gemischte Pönalklagen sind, welche theils auf den Werth der Sache, theils auf Strafe gehen, so müsse man sich den Werth

der

Nunquam enim sagt Ulpian[28]), plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: quia subripuit, furti; quia occidit, Aquilia tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit. Endlich

3) Wenn mehrere auf verschiedene Gegenstände gerichtete Klagen, aus verschiedenen erlaubten Geschäften entspringen. Z. B. wenn der nämliche Beklagte dem nämlichen Kläger ein Darlehn, ein Kaufgeld und einen Pachtzinß schuldig ist, so entstehen diese Forderungen aus ganz verschiedenen Geschäften. Die auf solche Art zusammen kommende Klagen wirken eine kumulative Concurrenz im uneigentlichen Verstande[29]). Ich gehe nun zu dem

der Sache, den man mittelst der einen Klage bereits erhalten, abziehen lassen, wenn man die andere Klage anstellt, denn sonst würde man einerley Sache zweymal fordern, welches gegen die Billigkeit streitet. So erklärt diese Stelle besonders DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXI. cap. 3. in fin. und diese Erklärung scheint mir richtiger zu seyn, als wenn man dieselbe mit FINESTRES cit. Diss. P. I. §. 25. in *Hermogeniano* pap. 612. von einer unzulässigen Cumulation erklären will. Ueberdem stimmen die Ausleger der L. 53. darin überein, daß sie blos von einem solchen Falle rede, wo die mehreren Verbrechen ex eodem facto entspringen. Daß dieses der Sinn der Worte *in una re* sey, zeigen DONELLUS c. l. pag. 1192. n. 60. CUJACIUS Observat. lib. VIII. cap. 24. CABOTIUS cit. loc. pag. 616. u. a VIANEN cit. Diss. Cap. II. §. 10.

28) *L. 2. D. de privat. delict.*

29) Von diesem concursu actionum cumulativo handelt vorzüglich a VIANEN in Diss. cit. Cap. III. und SCHMID in alleg. Commentat. Sect. IV.

dem andern Fall über, da nämlich die mehreren einen Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehende Klagen auf einen und denselben Gegenstand oder Hauptzweck gerichtet sind. Es sind hier wieder zwey Fälle zu unterscheiden. Die concurrirenden Klagen sind nämlich entweder so geeigenschaftet, daß eine die andere ausschließet, und daher der Kläger nur durch eine derselben seine Befriedigung erhalten kann, oder sie sind so beschaffen, daß wenn auch die eine bereits angestellet worden, dennoch die andere ebenfalls statt findet. Im erstern Falle ist eine **elective**, im andern aber eine **successive Concurrenz der Klagen** vorhanden. So z. B. concurriren die actio commodati und die condictio furtiva electivisch, wenn der Commodatar die ihm geliehene Sache veruntrauet haben sollte [30]. Eben so die condictio furtiva und rei vindicatio [31], die actio ex contractu und legis Aquiliae [32], ferner wegen Zurückfoderung des Heyrathsgutes die rei vindicatio, actio ex stipulatu und actio hypothecaria [33]; bey Vermächtnissen

30) *L. 34. §. 1. D. de Obligat. et Action. L. 16. D. de condict. furt. L. 71. pr. D. de furt.* In der letztern Stelle ist unter der *actione furti* die condictio furtiva zu verstehen, wie CUJACIUS Lib. XVII. Obs. 12. *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. lib. III. cap. 4. p. 267. *Iac.* LABITTUS Usu Iudicis Pandectar. Cap. 4. §. 1. und a VIANEN cit. Diss. Cap. III. §. 2. in fin. bereits bemerkt haben.

31) *§. ult. I. de Obligat. quae ex delict. L. 7. §. 1. D. de condict. furtiv.*

32) *L. 7. §. 8. L. 18. L. 27. §. 11. L. 42. D. ad L. Aquil. L. 7. §. 1. L. 18. §. 1. D. Commodati.*

33) *L. 30. C. de Rei Vindicat. §. 29. I. de Action.* und *L. 1. Cod. de Rei Ux. act.*

sen bestimmter Sachen die rei vindicatio, actio personalis ex testamento und die actio hypothecaria [34]) u. s. w. Es erhellet zugleich aus diesen Beyspielen, daß es bey einer electiven Concurrenz der Klagen nichts darauf ankomme, ob die Klagen aus einerley oder aus verschiedenen Gründen herrühren, wenn selbige nur einerley Gegenstand betreffen und übrigens einerley Endzwecks sind. Denn so entstehet z. B. die dem Legatar zuständige Rei Vindicatio aus dem legalen Eigenthum, welches gleich nach dem Tode des Erblassers auf den Vermächtnißnehmer übergehet [35]); die actio personalis ex testamento aus dem Quasi-Contract der Erbschaftsantretung [36]), und die actio hypothecaria aus dem stillschweigenden Pfandrecht, welches Justinian dem Legatar auf diejenigen Güter des Erblassers gegeben hat, die dem damit beschwerten Erben zufallen [37]). Es können daher auch die electivisch concurrirenden Klagen bey ihrem übereinstimmenden Endzweck von ganz verschiedener Wirksamkeit seyn. So z. B. hat gegen den Schuldner, welcher dem Gläubiger des Anlehens wegen eine Hypothec gegeben, die actio mutui und die hypothekarische Klage statt. Beyde haben den übereinstimmenden Endzweck, daß der Gläubiger dadurch zu seiner Befriedigung zu gelangen sucht. Allein sie sind von verschiedener Wirkung. Denn bey der actione mutui hat der Gläubiger nur ein persönliches Recht gegen den Schuldner, daß er die Schuld be-

zahle,

34) *L. 1. Cod. Commun. de Legat.* Vergleiche auch *L. 76. §. 8. D. de Legat. II.*

35) *L. 80. D. de Legat. II.*

36) *§. 5. I. de Obligat. quae quasi ex contr.*

37) *L. 1. Cod. Commun. Legat.*

zahle, allein bey der hypothekarischen Klage ein dingliches Recht, vermöge dessen ihm das Pfand zu seiner Befriedigung eingeräumt werden muß [38]). Soviel endlich die successive Concurrenz der Klagen anbetrift, so können die auf solche Art concurrirenden Klagen, wenn wir auf den Grund sehen, aus welchem sie dem Kläger zustehen, von sehr verschiedener Art seyn. Dieser Grund kann nämlich I) darin bestehen, daß die Natur des einen Rechtsmittels, wenn es einmahl angestellet worden, durchaus keine Wiederholung zuläßt. So sind die Erbtheilungsklage (iudicium familiae erciscundae) und die gemeine Theilungsklage, (iudicium communi dividundo) bey einerley Erbschaft actiones successive concurrentes. Denn eine Erbsonderung kann nur einmahl geschehen, also findet keine Wiederholung bey der Erbsonderungsklage statt. Kommt in der Folge noch etwas zu theilen nach, so kann deshalb nur die gemeine Theilungsklage angestellet werden [39]). Eine andere Ursache, warum dem Kläger mehrere Klagen successive zustehen, kann II) darin beruhen, daß eine gewisse Hauptklage zuweilen ohne eine andere präparatorische oder zuförderst zu verhandelnde Klage nicht angestellet werden kann. Z. B. es hat mir jemand eins von seinen Pferden vermacht, und zwar das beste, was ich mir selbst wählen würde. Der Erbe will mir nun nicht alle in

38) Mehrere Beispiele von dem cursu actionum electivo haben a VIANEN cit. Diss. Cap. II. und SCHMIDT in Comment. alleg. Sect. II. Meditat. 1. et 2. Man vergleiche auch *Franc.* ALEF Diss. de electivo, quem vocant, actionum concursu. *Heidelbergae* 1757.

39) *L.* 20. §. 4. *L.* 44. *pr. D. fam. ercisc.* *L.* 4. §. 2. *D. Communi divid.*

in der Erbschaft befindliche Pferde vorzeigen, um mir das beste aussuchen zu können. Hier muß ich erst actione ad exhibendum die Vorzeigung verlangen, um wider den beklagten Erben actione personali ex testamento auf die Auslieferung des mir auserlesenen Pferdes klagen zu können [40]). Die erstere Klage bahnt hier der letztern den Weg. Eben so concurriren die actio ad exhibendum und rei vindicatio, die Restitutionsklage, und die hereditatis petitio, ferner das iudicium familiae erciscundae [41]) und die hereditatis petitio, das iudicium communi dividundo [42]) und die rei vindicatio successivisch, wenn nämlich demjenigen, welcher auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft oder andern Sache klagt, und nicht in Besitz derselben ist, die Einrede, daß ihm kein Miterbschaftsrecht oder Miteigenthumsrecht zustehe, entgegen gesetzt wird [43]).

§. 284. b.

Regeln von der Klagenhäufung. I. Wenn sie subjectivisch concurriren.

Dieses vorausgesetzt, so kommt es nun auf die Frage an, wie weit mehrere Klagen mit einander in einem Libell cumuliret werden können? Hier sind folgende Grundsätze zu bemerken.

I) Wenn

40) *L. 3. §. 6. D. ad exhib.* Schmidt im theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. Th. §. 1347. Not. e. S. 229.

41) *L. 1. §. 1. D. fam. ercis.* VOET in Commentar. ad Digesta lib. X. Tit. 2. §. 9.

42) *L. 18. D. de Exception.*

43) Von diesem concursu actionum successivo handelt ausführlich SCHMIDT cit. Comm. Sect. III.

I) Wenn Klagen subjectivisch concurriren, so findet nur in sofern eine Cumulation statt, als entweder diese Klagen aus einerley Grunde herrühren[44]) und die verschiedenen Personen, welchen sie zustehen, oder wider welche sie angestellet werden können, in einer Gemeinschaft in Ansehung des Rechtsstreits stehen[45]); oder dieselben in einem solchen Verhältniß sich befinden, daß einer für des andern Schuld haften muß[46]), oder, wenn auch weder ein solches Verhältniß, noch eine Gemeinschaft in Ansehung des Rechtsstreits vorhanden seyn sollte, wenigstens die Sachen so geringfügig sind, daß dabey keine Verwirrung zu besorgen ist[47]). In Gemäßheit dieses Grundsatzes können also

a) die-

44) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 14. fin. CARPZOV in iurispr. for. P. I. Const. II. Definit 6.

45) *God. Lud.* MENCKEN Introduct. in doctr. de actionibus, in Commentat. gen. §. 88. sagt; LITIS CONSORTES *vocantur ii, qui simul de eadem re ex eadem causa coram eodem iudice vel agunt vel conveniuntur.*

46) Es muß nur nicht etwa der eine blos in subsidium für des andern Schuld haften, so daß erst ein anderer Hauptschuldner ausgeklagt werden müßte. So kann daher der Hauptschuldner und Bürge, deßgleichen der Vormund und die Obrigkeit, welche ihn bestellet hat, nicht zugleich in einem Libell belangt werden. RIVINUS in Enunciat. iuris Tit. V. En. 5. et 8. Ein anders wäre, wenn der Bürge dem beneficio excussionis entsaget hätte. S. Schmidts Commentar über s. B. Lehrb. von Klagen III. Band §. 841. S. 391.

47) Hofmanns teutsche Reichspraxis I. Th. §. 240.

a) diejenigen, welche durch die nämliche Injurie theils unmittelbar theils mittelbar beschimpfet worden sind, die ihnen zustehende Injurienklage gemeinschaftlich anstellen [48]). Eben so können

b) mehrere Miterben, mehrere Gesellschaftsmitglieder, u. d. zugleich klagen, oder zugleich belangt werden [49]).

c) Können Eheleute, wenn sie mit einander in einer Gemeinschaft der Güter stehen, in einem Libell zugleich verklagt werden, weil einer für des andern Schuld haften muß, so gut, als wenn er solche selbst contrahirt hätte [50]).

d) Wenn hingegen mehrere Gläubiger, um die Kosten zu ersparen, ihren gemeinschaftlichen Schuldner wegen ihrer ganz verschiedenen Forderungen in einem einzigen Klagschreiben zugleich belangen wollten; oder es einem Gläubiger einfiele, seine verschiedenen Schuldner in einem einzigen Libell zugleich zu verklagen, so ist diese *Cumulation* für inept zu halten [51]); es wäre denn, daß die exceptio ineptae cumulationis nicht opponiret würde, oder die zusammengehäuften Klagen nur geringe Forderungen beträfen, so daß keine Verwirrung dabey zu besorgen ist [52]).

§. 284.

48) *L. 18. §. 2. L. 41. D. de Iniur.* RIVINUS Enunciat. iur. Tit. V. En. 2. 3. et 4.

49) HOMMEL ad Menckenii doctrin. de action. not. 99. BOEHMER doctr. de actionib. Sect. III. §. 12.

50) Schmidt im angef. Commentar 1. Band §. 106. Not I. S. 161.

51) CARPZOV P. I. Const. 2. Defin. 6. Schmidt a. a. O. §. 106.

52) RIVINUS in Enunciat. iur. Tit. V. En. I. et 6.

§. 284. c.

II. Von Häufung mehrerer Klagen, welche objectivisch concurriren. A) Verbindung mehrerer Klagen, welche *cumulative* concurriren.

II) Bey einer objectiven Zusammenkunft der Klagen kommt es aber darauf an, ob sie cumulative, oder elective oder successive concurriren.

1) Wenn Klagen cumulative concurriren, so können solche in einem Libell dergestalt mit einander verbunden werden, daß sie nicht nur zu gleicher Zeit untersucht, sondern auch durch das nämliche Urtheil entschieden werden müssen[53]. Es wird jedoch hierbey vorausgesetzt,

a) daß die gehäuften Klagen neben einander bestehen können, mithin so beschaffen sind, daß die Natur der einen Klage der andern nicht entgegen sey[54], auch nicht etwa durch die verschiedenen Klagen das nämliche zweymal gefordert werde. So kann daher nach dem canonischen Rechte eine petitorische Klage zwar mit einem interdicto adipiscendae oder recuperandae possessionis cumuliret werden[55]; allein wenn auf Erhaltung bey dem Besitz (interdicto

53) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerl. Processes §. 86.

54) S. Schmidts öffentliche Rechtssprüche Abschn. IV. Nr. LXXXIII. S. 620.

55) *Cap. 2. 3. 4. 5. 6. X. de Caus. possess. et propriet.* Nach dem römischen Recht findet keine Cumulation in Ansehung des Rechts- und Besitzstandes statt, sondern es soll, falls über die Proprietät und Besitz zugleich ein Streit entstehet, der Besitzstand zuerst erörtert und berichtiget werden. *L. 3. Cod. de*

dicto retinendae possessionis) geklagt wird, so kann damit eigentlich keine petitorische Klage verbunden werden, weil die Petitorienklage insgemein einem Nichtbesitzer[56]), das Interdictum retinendae possessionis aber einem Besitzer zustehet, und daher zwischen beyden Rechtsmitteln ein offenbarer Widerspruch vorhanden ist[57]). Nur allein die Confessorienklage macht hier eine Ausnahme, weil selbige auch demjenigen zustehen kann, der sich in der Quasi-Possession der behaupteten Servitut befindet[58]), folglich mit dem interdicto retinendae possessionis gehäuft werden kann[59]). So ist es ferner widersprechend, auf eine Wegegerechtigkeit zu klagen, und zugleich das Grundstück, worüber der Weg gehen soll, als sein Eigenthum in Anspruch zu nehmen. Nam res propria nemini servire potest. Eben so wenig kann die ästimatorische Injurienklage mit der Criminalklage cumuliret werden, weil die ästimatorische Klage eine Pönalklage ist, niemand aber mit einer doppel-

 ten

de Interdict. I. H. BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. XII. §. 1—5 und Claproths Einleitung in die sämtl. summarischen Processe Absch. II. Hptst. 2. Tit. 1. §. 34.

56) §. 2. *I. de Actionib.*

57) BOEHMER doctr. de actionib. Sect. III. §. 5. WERNHER Observat. for. T. I. P. IV. Obs. 118. Danz Grunds. des gem. bürgerl. Processes §. 85. Not. a.

58) §. 2. *I. cit. L.* 6. §. 1. *L.* 8. §. 3. *D. Si Servit. vindic.*

59) PUFFENDORF in Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 120. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 659. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canonici §. 683.

ten Strafe belegt werden kann [60]). Es wird bey dieser Art der Cumulation ferner

b) erfordert, daß die mit einander verbundenen Klagen nach einerley Proceßart verhandelt werden können. Mehrere Klagen, welche ganz verschiedene Proceßarten erfordern, z. B. eine Executivklage und eine Klage des ordentlichen Processes, können daher nicht zusammen genommen werden [61]). Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn das possessorium mit der auf das Recht selbst gerichteten Klage cumuliret wird [62]).

c) Dürfen die verschiedenen Klagen auch nicht vor verschiedene Gerichte gehören, sondern es muß der angegangene Richter in Ansehung der mit einander verbundenen sämtlichen Klagen zuständig seyn [63]); es wäre denn, daß durch Prorogation der Mangel der zuständigen Gerichtsbarkeit gehoben werden könnte [64]). Ferner

d) muß

60) *L. 6. et 7. §. 1. D. de Iniur.* COCCEJI in Iur. Civ. controv. Lib. XLVII. Tit. X. Qu. 28. Hingegen auf Wiederruf oder Abbitte und öffentliche Bestrafung des Injurianten zugleich zu klagen, gehet an. S. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1073. In wiefern überhaupt Civil- und Criminalklagen in einem Libell vereiniget und zugleich verhandelt werden können, zeigt *Chr. Frid. Ge.* MEISNER in Diss. de ordine cognitionum in causarum civilis et criminalis concursu. *Goetting.* 1774. §. XI. sqq.

61) Hofmanns teutsche Reichspraxis 1. Th. §. 243. Danz Grundſ. des ordentl. bürgerl. Proc. §. 82.

62) Claproths Einleit. in den ordentl bürgerl. Proceß 2. Th. §. 113. c. S. 54.

63) Danz a. a. O. §. 82.

64) Claproth a. a. O. S. 54.

d) muß auch nicht etwa die Entscheidung der einen Klage von der Entscheidung der andern abhängen, weil in solchem Falle die Präjudicialklage vorher erörtert werden muß, ehe die andere davon abhängende in Untersuchung kommen kann[65]). Endlich

e) muß auch alle Verwirrung des Processes dabey sorgfältig vermieden werden. Zu dem Ende müssen nicht nur,

α) wenn ganz verschiedene Gegenstände durch die verschiedenen Klagen verfolgt werden, und eine jede derselben auf ganz verschiedenen Rechtsgründen beruhet, die Thatumstände, die eine jede einzelne der gehäuften Klagen veranlaßt haben, bestimmt erzählt werden, sondern es ist auch, zur Deutlichkeit des Vortrags, einer jeden einzelnen Geschichtserzählung sowohl der rechtliche Grund, als auch die Bitte jedesmal unmittelbar beyzufügen[66]),

β) dürfen auch nicht zu viele Klagen gehäufet werden, worüber der Richter nach seinem billigen Ermessen zu entscheiden hat[67]), in sofern nicht schon in der Proceßordnung die Zahl der Klagen bestimmt seyn sollte, welche mit einander gehäuft werden können[68]).

65) *L. 13. C. de Rei Vindicat. L. 3. Cod. de Interdict. L. 1. C. de appellat.* Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 62. S. 47.

66) Schmidts öffentl. Rechtssprüche Nr. XCIII. §. 1. Danz a. a. O. §. 81. S. 178.

67) Danz a. a. O. §. 82. Not. e.

68) So z. E. dürfen in Sachsen mehr nicht als drey Klagen cumulirt werden.

§. 284. d.

B) Electivische Concurrenz der Klagen läßt keine Cumulation derselben zu. Ausnahmen dieser Regel.

2) Wenn Klagen elective concurriren, so können solche in der Regel nicht mit einander cumuliret werden. Denn diese Klagen sind auf einerley Gegenstand und Endzweck gerichtet, nun aber erlaubt es die Billigkeit nicht, das Nämliche zweymal zu fordern[69]). Man kann auch den Gegenstand derselben nicht dergestalt theilen, daß man die eine Hälfte mit der einen, die andere aber mit der andern Klage von dem nämlichen Besitzer oder Schuldner verlangen könnte[70]). Es muß demnach der Kläger von den ihm zustehenden mehreren Klagen eine wählen, welche ihm am vortheilhaftesten zu seyn dünkt[71]), und sollte es etwa zweifelhaft seyn, was der

Kläger

69) *L. 57. D. de Reg. iur.*

70) *L. 76. §. 8. D. de legat. II.* Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest: quia legatum datum in partes dividi non potest. *Non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti, sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim, quae fuerat electa, legatum petere.*

71) *L. 43. §. 1. D. eodem.* Quoties concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine una quis experiri debet. Diese Stelle ist zwar allerdings von unzuläßiger Cumulation solcher Klagen zu verstehen, welche electivisch concurriren, doch darf sie mit *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar in Tit. Pand. de div. Reg. iuris h. L. pag. 218. und FINESTRES in Hermogeniano pag. 612. darauf nicht allein eingeschränkt werden, sondern der vollständige Sinn dieser Stelle gehet vielmehr dahin, daß man solche Klagen, die einerley Gegenstand betreffen, und den nämlichen Endzweck haben, weder zugleich noch hintereinander

Kläger eigentlich für eine Klage von den mehreren erwählet hätte, so erfordert es die Pflicht des Richters, der Intention des klagenden Theils gemäß, diejenige für angestellt zu halten, welche demselben am vortheilhaftesten ist [72]). Hat nun derselbe durch die angestellte Klage seinen Endzweck vollkommen erreicht, so sind die übrigen Klagen hiermit erloschen [73]). Im entgegen gesetzten Falle aber kommt

es

der anstellen könne, wie sie *Pet.* FABER in Commentar. ad dict. L. und *Herm.* a VIANEN in Diss. de Concursu actionum Cap. II. §. 1. richtiger erklärt haben.

72) *L. 66. D. de iudiciis.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 63. und Ernst Gottfr. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch 1. Band S. 96.

73) *L. 34. §. 1. D. de Obligat. et action.* Si is, cui rem commodavero, eam surripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione; sed *altera actio alteram perimit*, aut *ipso iure* aut *per exceptionem*, quod est tutius. Die andere Klage erlöscht nämlich, wenn der Kläger durch die angestellte seine völlige Befriedigung erhalten, wie aus *L. 18. §. ult. D. de pecun. constit.* und *L. 28. D. de act. emti vend.* erhellet; und zwar erlöscht sie *ipso iure*, wenn sie eine actio bonae fidei ist, quia iudicia bonae fidei propter benignam eorum naturam continent in se doli mali exceptionem, ita ut etiam non opposita suppleatur officio iudicis. *L. 84. §. 5. D. de legat. I. L. 3. D. de Resc. Vendit. L. 38. D. de heredit. petit. L. 21. D. solut. matrim.* Hingegen *per exceptionem* alsdann, wenn dieselbe eine actio stricti iuris ist, und zwar ist dieses die exceptio doli, *L. 25. D. de admin. tut. L. 3. §. 15. D. de tab. exhib.* welche der Prätor aus dem triftigen Grunde ertheilt, damit niemand sich unter dem Schein des Rechts zum Schaden des andern auf eine unbillige Art bereichere. *L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except.* S. CUJACIUS in Commentar. ad dict. L. 34. DONELLUS Lib. XXI.

Com-

es darauf an, ob die angestellte Klage verworfen worden, oder nicht, sondern der Kläger nur dadurch weniger erhalten, als er durch eine ihm ebenfalls zustehende andere Klage hätte erhalten können. Im letztern Falle findet die andere Klage wenigstens in Ansehung desjenigen statt, was der Kläger durch die erstere noch nicht erhalten [74]; insofern nicht

Commentar. iur. civ. cap. 3. §. Hoc modo. pag. 1190. *Petr.* FABER in Comment. ad L. 130. D. de Reg. iur. pag. 551. FINESTRES in Diss. cit. de concurrentibus actionibus P. I. §. 57. et 58 in *Hermogeniano* T. I. pag. 625. und *Herm.* a VIANEN in Diss. de concursu actionum Cap. II. §. 1.

74) *L. 47. pr. D. pro socio. L. 34. §. ult. D. de Obligat. et action.* Ueber die zweyte Gesetzstelle ist viel gestritten worden. Sie lautet folgendermaßen. Et hoc in Legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis, utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur: sed verius est remanere: *quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.* Wenn ich jemanden Kleider geliehen, die er mir verdorben hat, so concurriren die actio commodati und Legis aquiliae electivisch. Wie wenn ich nun die erstere angestellt, und auch den wahren Werth meiner Kleider ersetzt erhalten habe, findet die andere Klage doch noch statt, in so weit dieselbe nämlich darauf geht, was die Kleider binnen den nächstvorhergehenden dreyßig Tagen mehr werth gewesen sind? Die Frage war zweifelhaft, weil doch beyde Klagen nur auf Schadenersatz abzielen. Nach der gemeinen und Florentinischen Leseart pflichtet indeß Paulus der bejahenden Meinung bey. Allein der Grund, den er seiner Entscheidung beyfügt, scheint dieser Meinung ganz entgegen zu seyn. Daher wollen einige mit CUJACIUS Lib. III. Observat. cap. 25. die Negation in den letztern

nicht etwa die Gesetze aus besondern Gründen eine Ausnah-

letztern Worten locum non habet wegstreichen, und statt derselben *locum habet* lesen. Man sehe HOTOMANNUS lib. VIII. Observat. 19. SANDE in Commentar. ad L. 43. D. de Reg. iur. und *R. I.* POTHIER in Pandectis Iustinianeis Tom. III. Tit. de obligat et actionib. Sect. III. Art I. nr. LXIV. not. h. pag. 285. Andere hingegen wollen, um den Paulus mit sich selbst zu vereinigen, statt die Negation in den letzteren Worten auszustreichen, noch eine dem Wort remanere beyfügen, und *non remanere* lesen, als *Frid.* HORTLEDER in lib. sing. de concursu actionum Cap. 8. *Val. Guil.* FORSTER de Interpretatione iuris Lib. I. cap. 2. n. 15. (Tom. II. *Thes. I. R. Otton.* p. 961. auch *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXI. Cap. 3. pag. 1192. und Accursius bemerkt bey *Ant.* AUGUSTINUS Lib. I. Emendation. cap. 3. daß in einigen alten Handschriften diese Leseart wirklich gefunden werde. Was sich nur immer zur Bestärkung derselben sagen läßt, hat *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 15. angeführt, der ihr vollen Beyfall giebt. Allein schon *Io.* ROBERTUS Lib. II. Receptar. lection. cap. 22. et 25. hat beyde Emendationen verworfen, und *Emund.* MERILLIUS Observat. lib. IV. cap. 38. *Io.* SUAREZ DE MENDOZA in Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. 3. n. 13. *Siegm. Reich.* IAUCHIUS in Meditat. crit. de negationibus Pand. Florent. Cap. XIII. pag. 200. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 617. und *Herm. a* VIANEN in Diss. de concursu action. Cap. II. §. 6. haben gezeigt, daß auch nach der gemeinen Leseart und ohne alle Aenderung derselben die Worte des Paulus keinen Widerspruch enthalten, wenn man sie folgendermaßen verstehet: die actio legis Aquiliae findet allerdings nach der richtigern Meinung auch noch nach angestellter actio commodati in Ansehung desjenigen statt, was die verdorbene Sache binnen den nächstvorhergehenden dreyßig Tagen mehr werth gewesen. Denn dieses amplius ist ein Vortheil, welchen der Kläger durch die actio commodati noch nicht

me gemacht haben[75]). Ist hingegen dem Kläger dasjenige, was er durch die zuerst angestellte Klage gesucht hat,
abge-

nicht erhalten. Er fordert also mit der Aquilianischen Klage nicht noch einmal eben dasselbe. Nur muß freylich bey dieser letztern Klage das Simplum, das ist, der wahre Werth, den die verdorbene Sache blos zur Zeit der Corruption hatte, abgerechnet werden; denn diesen hat der Kläger schon durch die zuerst angestellte actio commodati erhalten, und nur in sofern, als die Aquilische Klage auch darauf zugleich gerichtet wird, ist sie unstatthaft. Nach dieser Erklärung wäre also der Sinn der letzteren Worte *simplo subducto locum non habet*, folgender: *quod actio legis Aquiliae locum non habeat in simplo per commodati actionem iam olim subducto*, oder wie AVERANIUS a. a. O. pag. 428. noch besser diese Worte paraphrasirt: *quod computato et connumerato simplo, locum non habeat actio legis Aquiliae, inspecto scilicet effectu, cum ad ipsum exigendum inanis sit, et omnino inutilis.* Denn die Bedeutung des Worts *subducere* für computare, numerare ist auch den besten Classikern eigen. Hiermit stimmt auch Ulpian überein *L.* 7. §. 1. *D. commodati.*

75) So z. B. findet die actio rationibus distrahendis, ohngeachtet sie auf den doppelten Ersatz desjenigen gehet, was der Vormund treulos hatte unterschlagen wollen, dennoch nicht weiter statt, wenn der Pupill durch die actionem tutelae bereits das Seinige wieder erhalten hat. *L.* 1. §. 21. *D. de tutelae et ration. distrah.* Die Rechtsgelehrten geben hiervon einen verschiedenen Grund an. Cujaz Lib. VIII. Observat. cap. 24. und in Commentar. ad L. 130. D. de R. I. glaubt, die actio rationibus distrahendis sey eine actio mixta arbitraria, die Anfangs nur auf das Simplum, und erst hernach, wenn der Beklagte läugnet oder ungehorsam ist, auf das Duplum gerichtet werden könne. Sie falle also weg, wenn der Pupill das Unterschlagene schon wieder erhalten. Allein Cujaz setzt hier etwas als ausgemacht voraus, was er doch
erst

abgesprochen worden, so ist wieder zu unterscheiden, ob derselbe eine Real- oder Personalklage angestellt gehabt; im erstern Falle findet noch immer eine andere Personalklage statt, ohne daß dem Kläger die exceptio rei iudicatae entgegen gesetzt werden kann [76]). Wenn hingegen die andere Klage auch eine Realklage ist, so kommt es darauf an, ob der Kläger nur einen allgemeinen Grund der Klage angeführt, oder zugleich den besondern Rechtstitel angegeben hatte, wodurch das klagbar gemachte dingliche Recht erworben worden. Im ersteren Falle findet keine weitere Realklage statt, weil ein allgemeiner Klagegrund, aus welchem die Sache in Anspruch genommen worden, bey dinglichen Klagen alle besondere Gründe unter sich begreift [77]); dahin-

erst hätte erweisen sollen. Richtiger setzt *Iac.* VOORDA Elector. lib. sing. Cap. XVI. pag. 149. den Grund darin, daß beyde Klagen ex tutelae obligatione entspringen. Hat also der Pupill einmal mit der actione tutelae geklagt, und das Seinige erhalten, so ist die aus der Vormundschaftsverwaltung entstehende Verbindlichkeit erloschen. S. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad Tit. Pandect. de tut. et rat. distrah. *Iof.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 621. und *Herm. a* VIANEN in Diss. de concursu action. Cap. II. §. 9.

76) *L. 31. D. de except. rei iudicat.* PAULUS respondit, ei, qui in rem egisset, nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatae. Dieser Regel gemäß sagt daher Pomponius in der *L. 9. §. 1. D. de Furt.* daß wenn ich gegen den Dieb zuerst die Eigenthumsklage angestellt, und dadurch die mir entwendete Sache nicht wieder erhalten, so bleibe mir hernach immer noch die condictio furtiva übrig. S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 644.

77) *L. 14. §. 2. D. de except. rei iudicat.* Cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una

dahingegen in dem andern Falle dem Kläger unbenommen ist, aus einem andern besondern Grunde eine neue dingliche Klage anzustellen, ohne daß ihm sein Gegner die Rechtskraft des vorigen Erkenntnisses entgegen setzen kann. Denn diese schränkt sich nur auf den besondern Grund ein, worauf der Kläger in dem vorigen Klagschreiben seine Ansprüche bereits vergeblich gebauet hat. Da es nun aber nicht unmöglich ist, daß der Kläger das Eigenthum der Sache auch durch einen andern Rechtstitel erworben haben kann, als auf welchen er in der vorigen Klage seinen Anspruch gegründet hatte, so darf ihm auch die successive Ausführung desselben nicht entzogen werden [78]). Eben dieses findet endlich auch in dem Falle statt, wenn dem Kläger der nämlichen Forderung wegen mehrere **Personalklagen** aus verschiedenen Gründen zustehen, und die eine vergeblich angestellet worden, so kann er noch immer zu einer andern seine Zuflucht nehmen [79]). Denn eben darin unterscheiden sich, sagt **Paulus** im siebenzigsten Buch seines Commentars über das Edict [80]), persönliche Ansprüche von dinglichen

una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest.

78) *L. 11. §. 4. D. de except. rei iudic.* Caeterum si forte petiero fundum, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio. FINESTRES in Hermogeniano pag. 640. **Schmidts** Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen, 1. Band S. 84. folg.

79) *Herm. a* VIANEN in Diss. alleg. Cap. I. §. 9.

80) *L. 14. §. 2. D. de except. rei iudicat.* Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequun-

chen Klagen, daß erstere gegen eine und eben dieselbe Person vielerley und mannichfaltig seyn können, weil es mancherley Gründe geben kann, weßwegen mir eine Person die nämliche Sache schuldig ist. Allein der Real-Anspruch auf eine Sache ist immer nur einfach; denn was einmal mein ist, kann nicht weiter aus neuen Gründen mein werden[81]). Man setze also, ein Testator habe seinem Erben anbefohlen, diejenigen 1000 Rthlr. seiner hinterlassenen Ehefrau wieder zu bezahlen, welche sie ihm auf eine Handschrift dargeliehen. Man denke sich ferner, die Wittwe habe auch deshalb wirklich condictione ex mutuo gegen den Erben geklagt, aber den Proceß verlohren; kann sie nicht noch mit der actione personali ex testamento die im Testament ihr zugedachte Summe, als Vermächtniß, fordern? Allerdings, denn hier tritt ein ganz verschiedener Klaggrund ein[82]).

Wenn

sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. Die folgenden Worte sind schon oben Not. 77. angeführt worden. Ich bemerke nur noch, daß statt debeatur vielleicht besser *saepius* oder *ex variis causis debeatur* zu lesen wäre, wie auch schon *Franc.* HOTOMANNUS Quaestion. illustr. libro Qu. 28. pag. 209. und *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 454. gemeint haben.

81) Hierauf zielt auch Paulus *L.* 159. *D. de Reg. iur.* Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse, welche Stelle *Gregor.* MAJANSIUS in Disputat. iuris Tom. I. Disp. VII. §. 2. et 3. sehr elegant erklärt.

82) S. *L.* 28. §. 13. *et* 14. *D. de liberat. legat.* L. 93. §. 1. *D. de Legat. III.* Ein anderes Beyspiel enthält L. 11. §. 7. *D. de instit. act.* und *L.* 9. §. 1. *D. de tribut. act.* Vergl. VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XIV. Tit. IV. §. 1.

Wenn nun gleich aus allem soviel erhellet, daß Klagen, welche electivisch concurriren, ihrer Natur nach nicht schlechthin cumulirt werden könne, so giebt es doch Fälle, in welchen dergleichen Klagen zuweilen alternativisch das ist, auf eine solche Art vereiniget werden können, daß der Kläger entweder durch die eine oder durch die andere Klage dasjenige erlange, was er zu fordern hat. Dahin gehört,

1) wenn es ungewiß ist, welche von den mehreren dem Kläger zustehenden Klagen in einem gewissen Falle wider den Beklagten statt finden oder für den Kläger die vortheilhafteste seyn möchte[83]. So z. B. kann die hereditatis petitio und die rei vindicatio alternativisch vereiniget werden, wenn der Erbe nicht weiß, ob der Besitzer einer zur Erbschaft gehörigen Sache sich dieselbe als vermeintlicher Erbe oder als vermeintlicher Eigenthümer anmaße[84]. Eben so die Rei vindicatio und actio publiciana, wenn der Kläger nicht weiß, ob er mit dem Beweiß des wahren Eigenthums fortkommen wird[85]. Ferner die Querela inofficiosi testamenti und querela nullitatis, wenn es zweifelhaft ist, ob das Testament wegen der darin enthaltenen ungerechten Ausschliessung des Klägers blos für pflicht- widrig

83) L. 1. §. 4. *D. quod legator.*

84) VOET in Comment. ad Pand. h. t. §. 14. wie in solchem Fall das Gesuch in dem Klageschreiben zu fassen sey, lehrt Schmidt in dem theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 111. Not. o.

85) WERNHER Observat. select. forens. Tom. II. Part. IX. Obs. 23.

widrig oder nicht vielmehr für null und nichtig zu erklären[86]).

2) Wenn die mehreren electivisch concurrirenden Klagen bey ihrem übrigen gleichen Endzweck von verschiedener Wirkung sind. So z. E kann die actio personalis ex mutuo, mit der hypothekarischen Klage, gegen den Schuldner alternativisch cumulirt werden. Denn beyde Klagen finden gegen den Schuldner statt, welcher dem Gläubiger des Anlehns wegen eine Hypothek gegeben[87]).

§. 284. e.

C) Cumulation successivisch concurrirender Klagen.

Endlich 3) wenn Klagen successive concurriren, so können solche nur in so ferne, als die eine der andern den Weg bahnt, also präparatorisch ist, und zwar mit der Wirkung cumulirt werden, daß eine nach der andern untersucht und entschieden wird, ohne daß es nöthig wäre, nach Beendigung der einen, wegen der andern ein neues Klageschreiben einzugeben[88]). Stehen hingegen selbige nicht in einem solchen Verhältniß gegen einander, so können sie mit einander nicht verbunden, sondern

86) *L.* 8. §. 12. *D. et L.* 16. *Cod. de inoff. testam.* BOEHMER in doctr. de actionibus Sect. III. §. 7. et CARRACH in Adnotation. ad Eundem pag. 366. Schmidts öffentl. Rechtssprüche Abschn. IV. Nr. LXXXXIII. §. 3. S. 627.

87) Schmidt in dem theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 111. S. 164.

88) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXXVI. medit. 5.

dern nur eine nach der andern, ohne Cumulation, subsidiarisch angestellet werden[89]). Z. B. So können zwar die actio ad exhibendum und die rei vindicatio, die restitutio in integrum und die hereditatis petitio, die actio familiae erciscundae und die hereditatis petitio partiaria[90]) mit einander successivisch cumulirt werden; allein die Erbtheilungsklage und die actio communi dividundo lassen eine solche Cumulation nicht zu, sondern sind nur nach einander allenfalls subsidiarisch zu gebrauchen, wenn etwa einige Erbschaftssachen ungetheilt geblieben wären[91]).

§. 285.

Supplicatio pro decernenda citatione.

Auf die Klage folgt nun heutiges Tages erst die Citation des Beklagten; ob nun gleich der Kläger um deren Verfügung insgemein zu bitten pflegt, so ist dieses jedoch nicht schlechterdings nothwendig, weil es von dem Richter schon von Amtswegen geschehen muß, wenn auch der Kläger nicht besonders darum gebeten hätte[62]). Das Gesuch des Klägers um die Vorladung des Beklagten Supplicatio pro decernenda citatione) kann übrigens entweder in einer besondern Schrift geschehen, welche man das Prä-

89) Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 110.

90) Wenn nämlich der Kläger nicht gewiß weiß, ob der Beklagte ihn für einen Miterben anerkennen wird. S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Band §. 624.

91) *L. 20. §. 4. D. fam. ercisc.* Schmidts Commentar 1. Band §. 110.

92) Reichsabsch. vom J. 1654. §. 34.

Präsentationsschreiben nennt, mittelst welchen die Klage dem Richter übergeben, und dieser um die gewöhnliche Ausfertigung auf selbige an den Beklagten ersuchet wird [93]; oder es kann solches auch in dem Klageschreiben selbst mit angebracht werden, und dieses geschiehet alsdann noch vor dem Hauptgesuch, und lautet gewöhnlich folgendermaßen: ich sehe mich demnach genöthiget, wider gedachten Titius Klage zu erheben, und ergehet daher an Ew. ꝛc. ꝛc. mein gehorsamstes Bitten, dem Beklagten gegenwärtige Klage geneigtest zuzufertigen, und ihn auf einen beliebigen Termin zur Einlassung und Antwort vorzuladen; demnächst aber rechtlich zu erkennen und auszusprechen, daß Beklagter ꝛc. ꝛc.

§. 286. a.

In wiefern kann der Beklagte vor der Einlassung die Edition der Documente von dem Kläger verlangen?

Der Klage pflegen gewöhnlich diejenigen Urkunden in beglaubter Abschrift beygeschlossen zu werden, auf welche sich der Kläger in seiner Geschichtserzählung bezogen. Die Originalien selbst beyzufügen ist weder nothwendig noch rathsam, so wie es denn auch vor der Hand genug ist, wenn nur Auszüge derjenigen Stellen beygebracht werden, worauf es in der Klage hauptsächlich ankommt. Es enstehet nun hierbey die Frage, ob nicht der Kläger angehalten werden könne, daß er dem Beklagten noch vor erfolgter Kriegsbefestigung diejenigen Urkun-

93) Ein Formular eines solchen Präsentationsschreibens findet man in Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 90.

Urkunden edire, worauf sich die in seiner Klage angeführten Thatumstände gründen? Nach römischen Rechten kann der Beklagte die Vorlegung dieser Urkunden allerdings verlangen, damit er durch deren Einsicht desto besser in den Stand gesetzt wird, zu überlegen, ob er streiten oder nachgeben wolle [94])? und eben dieses war auch ehedem selbst von dem Reichskammergericht und der Reichsdeputation zu Frankfurt im Jahr 1644. gebilliget [95]). Allein der jüngste Reichsabschied vom Jahr 1654 [96]) überläßt die Sache blos der Willkühr des Klägers, ob er seine Documente sogleich mit Uebergebung des Klageschreibens beybringen, oder selbige in dem ersten

94) *L. 1. §. 3. D.* und *L. penult. §. ult. Cod. h. t. Io.* VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 16. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Digest. h. t. §. 9. und besonders *Ger.* NOODT in Comment. ad Digesta h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 66. *(edit. Lugd. Bat. 1735. fol.)*

95) S. von Meiern Acta Comit. Ratisbon. Tom. II. p. 143.

96) §. 35. wo es heißt: Beneben bleibet einem jeden Kläger unverwehrt, sondern hiemit vergönnt, und zugelassen, auch in seine Willkühr gestellt, ob er die Probatoria, um sein selbst Bestes willen, zu Beschleunigung der Sachen, gleich bey Auszìehung der Processen, oder auch in dem ersten Termin, vornehmlich wenn sie in brieflichen Urkunden bestünden, mit Production und Einführung der Klage einbringen, oder sich sonsten in andere Weg zum Beweißthum gefaßt machen; oder solches alles dahin, bis der Beklagte mit seiner Verantwortung einkommen, auf den zweyten *Terminum* verschieben wolle.

ersten Termin vorlegen, oder erst nach erfolgter Kriegsbe-
festigung in dem künftigen Beweißtermin produciren wolle
und diese Verordnung beruhet auch wirklich auf sehr guten
Gründen. Denn erstens würde oft der Kläger mit ei-
nem unnöthigen Beweiß belästiget werden, wenn er schon
vor erfolgter Kriegsbefestigung die zur Begründung seiner
Klage erforderlichen Urkunden ediren müßte, weil man ja
noch nicht weiß, ob und was der Beklagte läugnen wird.
Man würde also den Kläger unbilliger Weise der Vor-
theile berauben, welche er aus der Antwort des Beklagten
ziehen kann. Denn diese könnte ja leicht zu Gunsten des
Klägers ausfallen, und ihn alles weitern Beweises über-
heben. Zweitens würde auch dem Beklagten dadurch
öfters Veranlassung zur Chikane gegeben werden, welcher,
seiner Schuldigkeit bewußt, gern nachgegeben und den Klä-
ger befriediget haben würde, weil er sich für den Beweiß
des Klägers und die Verurtheilung in die Proceßkosten
furchte, der hingegen, wenn er aus der Edition der Urkun-
den die Schwäche des daraus entnommenen Beweises er-
siehet, sich nunmehr aufs läugnen legen, und dem Kläger
seine vielleicht gerechteste Forderung vereiteln wird. Es ist
daher gewöhnlicher Weise am rathsamsten, wenn der Klä-
ger mit den Documenten so lange zurück hält, bis sich der
Beklagte erst auf die Klage eingelassen hat [97]). Der Ein-
wurf, daß die Edition der Documente vor der Kriegsbe-
festigung dazu diene, damit der Beklagte überlegen könne,
ob er sich mit dem Kläger in einen Proceß einlassen oder
nachgeben solle, widerlegt sich, wenn man bedenkt, daß hier-

97) E. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Va-
ters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 1. Band §. 95. S. 147.

zu kein völliger Beweiß, sondern, wie schon Leyser[98]) bemerkt hat, nur einige Information nöthig sey, wozu selbst nach deutlicher Verordnung des jüngsten Reichsabschieds[99]) die dem Beklagten zugefertigte Abschrift der Klage hinreichend ist[100]). Hiermit stimmt auch nach der Meinung der bewährtesten Rechtsgelehrten der heutige Gerichtsgebrauch überein[1]). Es giebt indessen allerdings Fälle, da die Edition der Urkunden noch vor der Litiscontestation gefordert werden kann. Dahin gehört,

1) wenn selbige des Klägers Legitimation zur Sache betreffen. Denn diese Legitimation gehört zu den wesentlichen Erfordernissen des Processes, und muß daher vor allen Dingen zu den Acten gebracht werden, weil die Gültigkeit des ganzen processualischen Verfahrens und des künftigen Endurtheils selbst davon abhängt, und daher der Beklagte nicht eher schuldig ist, sich auf die Klage einzulassen, als bis dieser Punct berichtiget worden. Wenn demnach der Kläger entweder in eigenem Namen ein Recht verfolgt, von dem er selbst einräumt, daß nicht er, sondern ein anderer solches ursprünglich erworben habe, z. B. er

98) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXVIII. medit 5.

99) *R. I. N.* §. 37.

100) Man sehe vorzüglich *Christ.* ITZSTEIN Diss. de usu Recessus Imp. novissimi de A. MDCLIV. in iudiciis Moguntinis. *Moguntiae* 1787. Observat. I.

1) COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. IX. LEYSER cit. loc. Vol. I. pag. 390. REINHARTH in Obs. select. ad Christinaei decision. Vol. I. Obs. 46. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. Part. I. h. t. §. 15. EMMINGHAUS ad Cocceji I. C. C. c. l. not k. und MÜLLER in Observat. pract. ad Leyserum Tom. I. Fasc. II. Obs. 147.

er tritt in der Eigenschaft eines Cessionars, oder Käufers einer Erbschaft, oder eines Erbens auf; oder wenn er ein Recht klagbar macht, welches eine gewisse, die Hauptsache selbst zwar nicht betreffende, aber doch solche Eigenschaft bey dem Kläger voraussetzt, ohne welche derselbe zu einer Klage von der Art, wie er angestellt hat, nicht berechtiget ist, z. E. die Qualität des Eigenthümers bey einer wegen dinglicher Dienstbarkeiten angebrachten confessorischen Klage, oder die Qualität des Lehnsherrn bey einer wegen Felonie auf Verlust des Lehns gerichteten Klage; so muß der Kläger, ehe die Hauptsache verhandelt werden kann, vorerst sich zur Sache legitimiren, das ist, er muß in dem ersten Falle darthun, wie das Recht des andern, welches er in eigenem Namen verfolgt, auf ihn übergegangen sey, oder in dem zweyten Falle zeigen, daß er die Eigenschaft wirklich habe, ohne deren Voraussetzung er zu einer Klage von der Art, als er angestellt hat, nicht berechtiget ist, und die dazu erforderlichen Documente beybringen, weil, so lange dieser Punct nicht in Richtigkeit gesetzt worden, dem Beklagten deshalb eine Einrede zustehet, vermöge deren er die Einlassung in den Rechtsstreit mit Recht verweigern kann [2]).

2) Zuweilen macht auch **die Natur des angestellten Rechtsmittels** die Beylegung der Documente unumgänglich nothwendig. Dieß ist der Fall bey einer **Executiv- oder Wechselklage**, bey welcher wenig-

2) *Io. Tom.* CARRACH Diss. de vera indole exceptionis legitimationis ad causam. Halae 1737. §. 9. **Danz** Grundsätze des gem. ordentl. bürgerlichen Processes §. 124. vorzüglich aber Herr Hofr. **Gönner** in den jurist. Abhandlungen 1. Theil. (Bamberg 1795. 8.) Nr. VI.

stens die Urkunde oder der Wechselbrief dem Klagelibell in Abschrift beygefügt werden muß, damit der Richter siehet, ob deshalb der Executiv- oder Wechselproceß statt findet [3]). Eben so erfordert die Provocation ex lege diffamari, daß der Diffamat entweder von den Documenten, worinn die angegebene Aussprengung oder Berühmung enthalten, eine beglaubigte Abschrift, oder wenigstens eines gerichtlich- oder vor einem Notar abgehörten Zeugens Aussage der Provocation mit beylege, weil sonst Provocant gewärtigen muß, daß entweder der Richter sein Suchen zur Zeit für unstatthaft erkennen, oder wenn auch allenfalls derselbe ohne vorhergegangene summarische Bescheinigung die Ladung an den Provocaten verfügt hätte, letzterer sich doch auf die Provocation nicht einlassen werde, als wozu derselbe auch nicht eher als nach erfolgter Bescheinigung verbunden ist [4]).

3) Eine dritte Ausnahme ist, wenn der Beklagte, welcher die Edition der Documente zu seiner Information verlangt, eine in den Rechten besonders begünstigte Person ist, z. E. der Fiskus [5]). Endlich

4) wenn

3) Schmidt im Commentar a. a. O. Not. a. S. 147.

4) Concept der K. Kammergerichtsordn. Th. II. Tit. 27. Reichsabsch. vom Jahr 1654. §. 79. und 83. Claproth in der Einleitung in die sämmtlichen summarischen Processe Abschn. III. Hptst. XI. Tit. II. §. 273. Danz Grundsätze der summarischen Processe Hptst. VII. § 75. und besonders Bernh. Fried. Rud. Lauhns nutzbarer Gebrauch der Vorklage wider klare Briefe und Siegel. Leipzig 1786. 8.) §. 17. u. 18.

5) COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. IX.

4) wenn die besondere Proceßordnung eines Landes die Urkunden, deren sich der Kläger bedienen will, dem Klageschreiben sogleich in Abschrift beyzufügen vorschreibt, wie z. B. im Hannöverischen [6]). Der Beklagte kann in diesen Fällen bitten, den Kläger mit seiner Klage ferner nicht zu hören, bevor er die verlangten Urkunden nicht edirt haben wird, und er wird, wenn diese Edition nicht erfolgt, von der Instanz losgesprochen [7]).

§. 286. b.

Edict des Prätors von Vorlegung der Rechnungsbücher der Banquiers. Beschaffenheit der actionis in factum de edendo nach römischen und heutigen Rechten.

Uebrigens kommt in den Gesetzen dieses Titels noch ein besonderes Edict des Prätors vor [8]), vermöge welchen diejenigen, die mit Ausleihung und Verwechselung der Gelder öffentlichen Verkehr treiben, (argentariae mensae exercitores, argentarii, trapezitae, mensarii) [9]) so wie auch deren Erben und Agenten (nummularii [10]), collectarii,

6) Danz Grundsätze des ordentl. bürgerl. Processes §. 65. Not. a.

7) Schmidt in dem angef. Commentar V. Band §. 1357. S. 241. H. Hofrath Gönner a. a. O. Seite 108.

8) *L. 4. et sqq. h. t.* Vid. NOODT in Comment. ad h. tit. und SCHULTING in Enarrat. ad h. t. §. 15. seqq.

9) *Io. Gottfr.* SIEBER Diss. I. et II. de argentariis. Lipsiae 1737. et 39. HUBERT Diss. I. et II. de argentariis veterum in OELRICHS *Thess. Dissert. Belgicar. Voll. II.* Tit. I. n. 1. et 2.

10) CUJACIUS Observat. lib. X. cap. 14. sagt: NUMMULARII, COACTORES, COLLECTARII *minores argentarii sunt, aut maiorum*

rii, coactores) die unter Händen habenden Rechnungsbücher einem jeden zur Einsicht vorlegen sollen, der vermittelst Eides erhärten wird, daß ihm daran gelegen sey, dieselben einzusehen [11]). Derjenige, welcher die Edition verlangte, bediente sich einer bloßen Imploration, (postulatio pro tribunali facta) denn daß der Prätor eine besondere actio in factum de edendo der bloßen Vorzeigung wegen gegeben, lesen wir nirgends, wie auch schon **Jakob Voorda** [12]) bemerkt hat; wenn hingegen der Implorat dem Befehl des Prätors dolo oder culpa lata keine Folge leistete, so hatte gegen denselben eine actio in factum statt, welche der Kläger auf Ersetzung alles Interesse richten konnte, das nämlich derselbe zu der Zeit gehabt hat, als der Prätor die Edition decretirte. Denn auf das jetzige Interesse wird nicht gesehen, es mag sich dermalen vermehrt oder vermindert haben [13]). Diese Klage dauert nur

iorum ministri et mercenarii. Per eos namque pecunias cogunt, et, quae coegere, erogant per partes, permutatione, foenore vel qua alia ratione. Man vergleiche hiermit *L. 9, §. 2. D. h. t.* POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Art. III. Nr. XX. Not. f. nennt sie *Des Agents de change.*

11) *L. 6. §. 2. L. 9. §. 3. D. h. t.*

12) Interpretat. et Emendat. iuris Rom. (*Trajecti ad Rhen.* 1768. 8.) Lib. III. cap. 8.

13) *L. 8. §. 1. D. h. t.* Is autem, qui in hoc Edictum incidit, id praestat, QUOD INTERFUIT MEA, rationes edi, CUM DECERNERETUR A PRAETORE: non quod hodie interest; et ideo licet interesse desiit, vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit, neque augmentum neque deminutionem. Die Leseart dieser letzten Worte ist streitig. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. 8. weil das Wort locum weggestrichen

nur ein Jahr, und findet nicht gegen den Erben statt, ausser in sofern derselbe aus seiner eigenen Handlung belangt wird[14]), z. E. er hat die Rechnungen seines Erblassers in Händen, und weigert sich solche vorzuzeigen, oder er hat selbige aus Gefährde zu besitzen aufgehört[15]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauch wird die actio in factum de edendo einem jeden gestattet, welchem aus einer gerechten und wahrscheinlichen Ursache daran gelegen ist. Documente, oder Rechnungen einzusehen, welche ein anderer besitzt, und selbige in Güte zu ediren sich weigert, und wird darauf gerichtet, den Beklagten zur Ediction der geklagten Urkunde, und im Verweigerungsfall zur Ersetzung des Schadens oder auch alles Interesse anzuhalten[16]). Sie wird also nicht nur gegen Banquiers auf Vorlegung ihrer Rechnungsbücher, sondern auch gegen Notarien, Archiva-

 rien,

strichen wissen, und so lesen: *actio non habebit neque augmentum neque deminutionem*. Hingegen BACHOVIUS Part. I. Pandect. ad L. 6. §. 4. h. t. lieset ohne Negation: *locum actio habebit neque ad augmentum neque ad deminutionem*. Allein VOORDA a. a. O. pag. 271. verwirft beyde Lesearten, und will mit Hülfe der Basiliken Lib. VII. Tit. XVIII. cap. 8. den Text folgendermaßen emendiren: *locum actionem habere; et neque augmentum, neque deminutionem*. Was übrigens das Interesse involvirt, auf dessen Erstattung die actio in factum gerichtet wird, lehrt *L. 10. §. 3. D. h. t.* über welche Stelle vorzüglich *Ant.* SCHULTING in Enarrat. ad h. t. §. 18. und POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Art. III. §. VI. nr. XXXI. Not. b. sqq. verdienen nachgesehen zu werden.

14) *L. 13. D. h. t.*

15) POTHIER a. a. O. nr. XXXII. not. *g*.

16) Schmidts Commentar 5. Band §. 1354. ff.

rien, Secretarien[17]) und andere Personen[18]) angestellt, welche gewisse in Händen habende Urkunden nicht vorzeigen wollen, an deren Einsicht dem Kläger gelegen ist. Es setzt jedoch diese Klage jederzeit voraus, daß dem Kläger kein anderes Rechtsmittel zustehe, wodurch er zu seinem Zweck gelangen kann. Gesetzt also, er könnte die Edition der verlangten Urkunden schon vermittelst der Klagen aus dem Contract oder Quasicontract erlangen, welcher zwischen ihm und dem Beklagten vorgegangen ist, so findet die gegenwärtige Klage nicht statt. So können wir z. B. von einem Verwalter unserer Geschäfte mit der actione mandati oder negotiorum gestorum, von einem Socius mit der actione pro socio: und von einem Vormunde mit der actione tutelae die Edition der in Händen habenden Rechnungen und darauf sich beziehenden Belege und Urkunden fordern[19]). Wird blos auf Edition, oder nur auf die Ersetzung des Schadens geklagt, so dauert die Klage heut zu Tage 30 Jahre; wird aber mittelst derselben alles Interesse gefordert, so dauert sie nur **ein Jahr**[20]).

17) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 33.

18) Z. E. die Erben eines verstorbenen Ehemanns verlangen Edition der Ehepacten, welche derselbe mit seiner nachgelassenen Wittwe errichtet hat, um daraus zu ersehen, was ihr der Verstorbene darinn verwilliget hat.

19) *L. 9. pr. D. h. t.*

20) **Schmidt** in dem angef. Commentar. V. Band §. 1358. S. 243. LAUTERBACH in Colleg. Pand. h. t. §. 36.

Lib.

Lib. II. Tit. XIV.

De pactis.

§. 287.

Zusammenhang dieses Titels mit den vorhergehenden. Edict des Prätors von Verträgen, und Verhältniß desselben zu dem Zwölftafelgesetz. Bestimmung des eigentlichen Begrifs einer Convention oder Vertrags.

Warum die Verfasser unserer Pandecten die Lehre von Verträgen beym Proceß abgehandelt haben, davon läßt sich mit Wahrscheinlichkeit folgender Grund angeben. Nach der Edition der Klage kam es nicht immer gleich zur Litiscontestation. Denn so lange wenigstens die in ius vocatio privata bey den Römern üblich war, war selten der Beklagte, wenn er zumahl ganz unvermuthet vor Gericht gefordert worden, vorbereitet genug, um sich auf die Klage einlassen, und gegen dieselbe gehörig vertheidigen zu können. Der Beklagte konnte also um eine Bedenkzeit bitten, um bey sich reiflich zu überlegen, ob er mit dem Kläger sich in Streit einlassen, oder nachgeben wolle[21]). Die edirte Klage ward hierauf den Gerichtsacten einverleibt, und die Partheyen auf einen bestimmten Termin wieder vor Gericht zu erscheinen vorbeschieden, zu dessen Versicherung der Kläger von dem Beklagten Bürgen (vades) for-

21) S. meine Abhandl. de ordine iudicior. privator. apud. Rom. §. 12. (*Opuscul.*) Fasc. II. pag. 332.

fordern konnte [22]). Da geschahe es nun oft, daß es unter den Partheyen zu einem Vertrag oder Vergleich kam, wodurch der ganze Streit beygelegt wurde [23]). Schon die zwölf Tafelgesetze erklärten einen solchen Vertrag, der unter streitenden Theilen, um einen Proceß zu schlichten, eingegangen worden, für gültig und verbindlich [24]). Die Wirkung eines solchen Vergleichs war, daß er nicht nur den Beklagten von der in ius vocatio und den Folgen des Ungehorsams befreiete, wie Cajus [25]) und Ulpian [26]) lehren; sondern er hob auch, als ein in den Gesetzen bestätigter Vertrag, die Klage ipso iure auf, ohne daß der Beklagte nöthig hatte, die exceptionem pacti erst vor Ge-

22) SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 20. SICCAMA de iudicio centumvir. Lib. II. cap. 1. *van* HEES Diff. de iis, quae antiquitus apud Rom. inter litigator. ante L. C. fiebant. Cap. III. §. 43.

23) *van* HEES a. a. O. Cap. IV. §. 45.

24) Nach GOTHOFREDUS in quatuor fontibus iuris civ. heißt es: Tab. I. ENDO VIA REM, UTI PAICUNT, ORATO; das ist, wie sich die Partheyen auf dem Wege zum Tribunal des Magistrats mit einander vergleichen, das soll gültig seyn. NI ITA PAICUNT, IN COMITIO AUT IN FORO ANTE MERIDIEM CAUSAM CONSCITO; d. i. wenn aber ein solcher Vergleich nicht zu Stande gekommen, so soll die Sache vor Gericht im Proceß verhandelt werden. Ueber die Leseart und den Sinn dieser Worte vergleiche man die Ausleger der Zwölftafelgesetze besonders Mr. BOUCHAUD Commentaire sur la loi des douze Tables. Paris 1787.

25) *L. 22. §. 1. D. de in ius voc.*

26) *L. 2. pr. D. Si quis cautionib.* Ueber diese Stelle vergleiche man meine Opuscula. Fasc. II. pag. 342. Not. 91. und diesen Commentar. Th. III. §. 260. Not. 6. S. 465.

Gericht anzuführen. Die nämliche Wirkung legen die zwölf Tafelgesetze namentlich demjenigen Vertrage bey, welcher wegen eines begangenen Diebstahls oder wegen zugefügter Injurien eingegangen worden[27]), worauf Paulus[28]) anspielt, wenn er sagt: *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur, ut iniuriarum item furti.* Alle diese pacta hatten die Befreiung von der Klage zur Absicht. Ob aber die zwölf Tafelgesetze hiermit alle und jede pacta de non petendo für verbindlich erklärt, ist zweifelhaft. Es muß wenigstens seine gute Ursache gehabt haben, warum der Prätor in seinem Edict zu verordnen für nöthig fand, daß er alle Verträge, die ohne Betrug, auch nicht wider die Gesetze noch zur Hintergehung derselben geschlossen worden, aufrecht erhalten wolle[29]). Daß dieses

27) Von dem pacto, ne de furto agatur, heißt es, Tab. II. nach Godefroi: SI PRO FURE DAMNUM DECISUM ESCIT, FURTI NE ADORATO. Der Ausdruck *pro fure damnum decidere* bedeutet in der Sprache der XII. Tafelgesetze nichts anders als de furto pacisci, wie *Io. Car. van* WACHENDORF in Diss. de pactis nudis. Cap. II. §. 5. (in *Dissertation. Triade. Traj. ad Rhen,* 1730.) pag. 464. gezeigt hat. *Adorare* aber hieß bey den Alten soviel als agere. Von dem pacto, ne de iniuria agatur redet Tab. VII. SI MEMBRUM RUPSIT, NI CUM EO PAICIT, TALIO ESTO.

28) *L.* 17. §. 1. *L.* 27. §. 3. *D. h. t.*

29) In der *L.* 7. §. 7. *D. h. t.* lauten die Worte dieses Edicts folgendermassen: *Pacta conuenta, quae neque dolo malo, neque adversus Leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.* Am besten haben dieses Edict erläutert *Ge. Conr.* CRUSIUS in Diss. ex Ulpiani libro IV. ad Edictum de pactis et conventionibus (*Thes. Otton.* Tom. I. pag 672. g.) *Ger.* NOODT ad Edictum prae-

ses Edict, so allgemein auch desselben Worte gefaßt sind, dennoch fürnehmlich von pactis nudis de non petendo oder liberatoriis zu verstehen sey, und daß die Absicht des Prätors dahin gehe, aus einem solchen Vertrage dem Beklagten eine Exception [30]) zu ertheilen, wodurch die angestellte Klage und der Proceß sogleich im ersten Keim erstickt wird, darin sind die Ausleger desselben ziemlich einverstanden [31]). Sowohl die Ordnung dieses Edicts als die Fragmente der römischen Ausleger über dasselbe beweisen dieses deutlich. Salvius Julianus wieß demselben seinen Platz zwischen den Titeln de edendo und de in ius vocando an, gewiß aus keinem andern Grunde, als weil ein solches pactum de non petendo die angestellte Klage aufhob; und Ulpian bemerkt unmittelbar darauf, nachdem er die Worte des Edicts angeführt hatte, daß es zweierley Arten von pactis de non petendo gebe, real Verträge *(pacta in rem)*, wenn ich überhaupt verspreche, daß ich die Schuld nicht fordern wolle, und persönliche Ver-

praetoris de pactis et transactionibus lib. sing. (*Oper.* Tom. I. pag. 481. edit. *Lugd. Bat.* 1735) und *Io. Car. van* WACHENDORF cit. loc. Cap. II. §. 11. pag. 533. sqq.

30) Nur diese Wirkung der Einrede druckt das von dem Prätor gebrauchte Wort *servare* aus, wie auch schon *Io. Frid.* BOECKELMANN in Exercit. ad Pandect. h. t. Disp. XI. §. 2. bemerkt hat.

31) Vergl. *M. Aurel.* GALVANUS de Usufructu. Cap. XVI. nr. XII. pag. 159. (*Edit. Tubing.* 1788. 4.) *Ger.* NOODT cit. libr. sing. Cap. VI. *Ge. Conr.* CRUSIUS cit. Dissertat. §. 2. et 3. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 1. et 15. und vorzüglich *van* WACHENDORF cit. loc. pag. 547.

Verträge (*pacta in personam*) wenn es heißt, ich wolle die Schuld nur von dieser Person, z. B. von Lucius Titus nicht fordern [32]). Ja alle Beyspiele, welche derselbe hernach zur Erläuterung des Edicts anführt, reden von pactis de non petendo, z. B. wenn ich mir von Jemand versprechen lasse, daß er die actionem iudicati nicht gegen mich anstellen, oder mich nicht wegen der Anzündung seines Hauses belangen, oder keine actionem depositi wider mich anstellen wolle, u. d. m. [33]). Doch hierüber ist auch eigentlich kein Streit, sondern nur darüber ist man noch nicht einig, was eigentlich der Prätor in seinem Edict neues verordnet habe? Solches mit **Galvanus** [34]) für eine bloße Bestätigung der oben angeführten Decemviral-Sanction zu halten, trage ich darum Bedenken, weil eine prätorische Exception da schlechterdings unnöthig war, wo das pactum schon ipso iure die Klage zernichtete. **Gerhard Noodt** [35]) hat dieses zwar auch nach seinem bekannten Scharfsinn richtig beobachtet, allein wenn er das Verhältniß des prätorischen Edicts de pactis zu jenem Zwölftafelgesetz dahin bestimmt, daß letzteres nur pacta de non petendo, solemnibus verbis facta, der Prätor hingegen alle und jede pacta de non petendo, wenn sie auch ohne solenne Worte eingegangen seyn sollten, für verbindlich erklärt habe; so beruhet dieser Unterschied, deucht mir, auf einer ganz unerweißlichen Hypothese, da in den angeführten Fragmenten der Zwölftafelgesetze der feyerlichen Worte nirgends gedacht wird. Richtiger würde also wohl der wahre Unter-

32) *L. 7. §. 8. D. h. t.*

33) *L. 7. §. 13. 14. et 15. D. h. t.*

34) a. a. O. nr. XIII.

35) cit. libr. Cap. 1 et 6.

Unterschied zwischen der Verordnung des Zwölftafelgesetzes und dem prätorischen Edict de pactis dahin zu bestimmen seyn, daß erstere nur in einigen besondern Fällen das pactum de non petendo für verbindlich erklärt, und zwar mit der Wirkung, daß dadurch die Klage ipso iure aufgehoben wird, letzteres hingegen allen und jeden pactis dieser Art die Wirkung beylegt, daß der Beklagte sich deshalb gegen die Klage mit einer prätorischen Exception schützen kann [36]). Daß indessen der Prätor die affirmativen Verträge aus seinem Edict nicht habe ausschließen wollen, sondern auch aus diesen eine exceptionem pacti oder doli gegeben habe, erhellet aus den Beyspielen, die wir in den Gesetzen dieses Titels hin und wieder finden [37]). Es ist auch unstreitig, daß der Prätor in dem nämlichen Edict eben sowohl von Transacten als Verträgen, gehandelt habe [38]), wenn gleich die Verfasser der Pandecten beyde Materien in verschiedenen Titeln abgehandelt haben.

Was

36) van WACHENDORF a. a. O. pag. 547. sagt: *Praetor naturali aequitate motus iuris civilis supplendi gratia hoc Edicto caetera confirmavit pacta, quae iuri scripto vel non scripto eiusve sententiae non essent contraria, sine dubio ut actionem iuris civilis propter pacti fidem exceptione excluderet, non autem ut pactum nudum actione quadam tueretur; prius enim suadebat litium minuendarum utilitas, posterius negabat illarum augendarum metus.*

37) L. 36. *L.* 40. §. 3. *L.* 45. *D. h. t.* FINESTRES in Hermogeniano p. 424.

38) *van* WACHENDORF cit. Diss. Cap. II. §. XI. pag. 539.

Was ist nun aber ein Vertrag[39]? Ulpian[40]) sagt, die Uebereinstimmung zweyer oder mehrerer Personen in dieselbe Willensmeinung. Allein da dieser Begriff zu allgemein zu seyn scheint, so wäre derselbe deutlicher so zu bestimmen: Vertrag ist die wechselseitige Einwilligung zweyer oder mehrerer Personen in ein und eben dasselbe Versprechen, welche in der Absicht, auf Seiten des einen eine vollkommene Verbindlichkeit zu einer Prästation, auf

39) Die Lehre von Verträgen erläutern besonders *Arn.* VINNIUS Tr. de pactis, welcher mit einigen andern Tractaten Utrecht 1722 u. 1748. 4. erschienen. *Sam.* STRYK de cautelis contractuum. *Vitemb.* 1704. 4. *Io. Gottl.* LANGSDORF Tract. de pactis et contractibus Romanorum et de vero huius doctrinae nexu atque systemate ex idiomate Rom. *Manhemii.* 1772. 4. Ein teutscher Auszug dieser schönen Abhandlung mit vielen treflichen Bemerkungen des Herrn Prof. Hugo steht in des letztern Civilistischen Magazin 1. Bandes 4. Heft. Nr XVIII. *Io. Nic.* GROTIAN Specim. quo theoria pactorum et contractuum generatim sumtorum explicatur et in ordinem redigitur. *Giessae* 1754. Just Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. u. 2. Theil. Göttingen 1786. 8. und Heinrich Gotth. Rißen Versuch über die natürliche Verbindlichkeit der Verträge. Hamburg 1782. 8. Eine teutsche Uebersetzung dieses Titels der Pandecten mit kritischen Anmerkungen enthält die Sammlung der römischen Gesetze von J. P. F. Frankfurt und Leipzig 1785. 8.

40) *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Est autem PACTIO duorum pluriumve in idem placitum consensus. *Placitum* heißt hier id, in quo paciscentes conveniunt, seu quod inter eos placuit. *L.* 1. §. 3. *D. de pignor.* *L.* 30. *D. de pact. dotal.* S. FINESTRES in Hermogeniano ad L. 45. D. h. t. §. 1. pag. 424.

auf Seiten des andern aber ein vollkommenes Recht auf dieselbe zu begründen, erkläret worden ist. Ein Vertrag erfordert also seinem Begriff nach zwey wesentliche Stücke.

1) Auf Seiten des einen Theils ein Versprechen, das ist, eine Erklärung, dem andern etwas zu leisten, es bestehe nun entweder darin, daß man ihm etwas geben, oder für ihn etwas thun, oder ihm dasjenige, was man mit vollkommenen Rechte von demselben fordern konnte, erlassen, oder eine sonst erlaubte Handlung nicht vornehmen wolle.

2) Auf Seiten des andern Theils die Annehmung des Versprechens. Denn wenn wir einem etwas versprechen, so stehet es allemal noch in der freyen Willkühr desselben, ob er dieses Versprechen annehmen wolle, oder nicht. Nimmt er es nicht an, so kann er kein Recht aus demselben erhalten, und unser Versprechen ist unverbindlich. Nimmt er aber das Versprechen an, so giebt er dadurch zu erkennen, daß er eben das wolle, was der Versprechende will, nämlich die wirkliche Leistung des Versprochenen. Diese Annehmung des Versprechens muß also noch hinzukommen, um dem Vertrag sein Wesen und Daseyn zu geben, um auf Seiten des Versprechenden vollkommene Verbindlichkeit, und auf Seiten des Annehmenden vollkommenes Recht zu begründen. In diesem Zusammenkommen des Versprechens und der Annehmung desselben liegt die gegenseitige freye Einwilligung beyder Theile, als die wesentliche Grundeigenschaft eines jeden Vertrags. Ich muß hierbey noch folgendes bemerken.

a) Es ist nicht gerade nothwendig, daß die Annehmung erst nach dem Versprechen und ausdrücklich geschehen

sey.

sey. Sie kann zuweilen auch schon zum voraus und still-schweigend geschehen, wenn das Versprechen von dem andern Theile vorher gefordert worden ist[41]). Es ist demnach, wie auch **Ulpian**[42]) behauptet, ein gültiger Vertrag, wenn **Titius** mich um etwas angesprochen, und ich ihm solches zugesaget habe. Ja die Worte *rogavit* TITIUS, *spopondit* MAEVIUS, wenn sie in einem Vertragsinstrument vorkamen, bezeichneten bey den Römern sogar eine Stipulation, wenn man nicht beweisen konnte, daß sie nicht in der Absicht zu stipuliren, sondern nur zu paciſciren beygefüget worden.

b) Daß ausser dem Versprechen und der Annehmung desselben auch noch die Einwilligung des Versprechenden in diese Annehmung hinzukommen müsse, ist ebenfalls nicht erforder-

41) *Praecedens rogatio vim habere acceptationis intelligitur*, sagt schon GROTIUS in iure belli ac pacis Lib. II. Cap. XI. § 14.

42) *L. 7. §. 12. D. h. t.* Quod fere novissima parte pactorum ita solet inferi, ROGAVIT TITIUS, SPOPONDIT MAEVIUS: haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio: nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium. *Pacta* heißen hier scripturae, quae pacta et conventiones quaslibet continent, Vertragsinstrumente, wie BYNCKERSHOEK ad L. 40. D. de reb. cred. cap. 5. in Opuscul. Tom. I. pag 22. bereits bemerkt hat. Die Worte *non tantum pactionis loco accipiuntur, sed et stipulationis* hält NOODT de pactis Cap. 10. fin n. für eine Hysterologie. Allein HUBER in Eunom. Rom. pag. 107. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. L. I. cap. 2. §. 1. pag. 8. und *Io. Bernh.* KOEHLER interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. Cap. V. §. 4. pag. 36. vertheidigen die gemeine Leseart.

forderlich. Denn der Versprechende ist durch sein Versprechen auf den Fall bereits vollkommen verbunden, wenn von der andern Seite die Annehmung hinzukommt. Es ist folglich nach geschehener Annehmung der Fall, daß der Versprechende in dieselbe nicht consentiren könnte, nicht weiter möglich, mithin der Consens in die Annehmung schlechterdings überflüssig [43]).

§. 288.

Wer kann nicht paciscieren?

Verträge erfordern die freye Einwilligung der Paciscenten, wer also die natürliche oder moralische Fähigkeit nicht hat, welche zur Erklärung einer verbindlichen Einwilligung erfordert wird, kann keinen gültigen Vertrag schließen. Unfähig zu paciscieren sind also

1) Rasende und wahnsinnige Personen, weil ihnen der Gebrauch des Verstandes, und mithin auch die Freyheit des Willens abgehet. Für diese schließt der Curator alle Geschäfte. Haben sie jedoch Zeitpunkte, in denen die Vernunft in ihre Rechte wieder eintritt, (dilucida intervalla) so können sie in solchen Zwischenräumen gültige Verträge schließen [44]). Nur muß erforderlichen Falls

43) Anderer Meinung ist zwar DARIES in seinen Institut. iurisprud. univ. §. 414. und 415. allein man sehe Ritzen über die natürl. Verbindlichkeit der Verträge §. 4. 5. u. 6.

44) *L. 2. C. de contrah. emt. vendit.* Intermissionis tempore furiosos, maiores viginti quinque annis, venditiones et alios quoslibet contractus posse facere, non ambigitur. THOMASIUS in Diss. de praesumtione furoris atque dementiae. *Halae 1719.* §. 31. will zwar läugnen, daß es eigentliche dilucida intervalla gebe;

Falls erwiesen werden können, daß sie bey Schließung des Vertrags ihres Verstandes vollkommen mächtig gewesen, weil dilucida intervalla bey wirklich Verrückten nicht vermuthet werden [45]). Verschiedene Rechtsgelehrte wollen diese Grundsätze auch auf die **Zornigen** anwenden, und deren Handlungen und Verträge für ungültig halten [46]). Allein eine solche allgemeine Regel enthalten die Gesetze

gebe; er nimmt nur Zeitpuncte an, in denen der Wahnsinn sich minder heftig zeigt, und solche hätten sich auch nur die alten römischen Juristen gedacht. L. 14. *D. de offic. praes.* L. 22. §. 7. *D. sol. matrim.* L. 20. §. 4. *D. qui testam. fac. poss.* L. 18. §. 1. *D. de acquir. possess.* Erst **Justinian** habe die dilucida intervalla erfunden. *L. 9. C. qui testam. fac. poss.* und die neuern Rechtslehrer hätten ihm nachgebetet. Sonderbar! wie konnte ein Gesetzgeber so etwas erfinden? Daß auch die alten Rechtsgelehrten solche intervalla gekannt, beweisen *L. 14. D. de offic. praes.* und *L. 20. §. 4. D. qui testam. fac. poss.* deutlich, und deren Möglichkeit setzt die Erfahrung und das Zeugniß der Aerzte ausser Zweifel. ZACHIAS Quaest. med. legal. Lib. II. Tit. I. qu. 21. Man sehe hier vorzüglich Hrn. Hofr. **Kleinschrods** syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 105.

45) Ich habe hiervon in dem 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 124—126. ausführlicher gehandelt.

46) *Iul. a* BEYMA in Commentar. in Titt. Pandect. de Verbor. Significat. et de div. Reg. iur. ad L. 48. D. de R. I. pag. 315. LAUTERBACH Diss. de ira §. 22. et 23. **Hymmens** Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten VI. Samml. S. 24. **Göz** Beyträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 1. Band 2. St. Nr. XII. S. 259. **Claproths** Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 6. S. 14. u. a. m.

nicht[47]), und die Erfahrung lehrt, daß der Zornige, auch bey dem heftigsten Affect, nicht wirklich verrückt sey[48]). Kann also nicht deutlich nachgewiesen werden, daß wegen körperlicher Umstände des Zornigen, oder sonst eintretender Nebenursachen, derselbe bey diesen oder jenen Aeusserungen, seiner wirklich nicht bewust gewesen[49]); so läßt sich bey den Handlungen und Verträgen des Zornigen an sich keine Ungültigkeit annehmen[50]). Eben dieses ist von den Verträgen

47) Man beruft sich zwar auf *L. 48. D. de Reg. iur.* wo gesagt wird: Quidquid in calore iracundiae vel sic vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse: ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur. Allein schon PEREZ in Tr. de matrimonio Disp. I. Sect. III. n. 12. hat bemerkt, daß dieses Gesetz nur auf Ehescheidungen gehe, welche bey den Römern aussergerichtlich geschehen konnten. Wenn nun ein Mann seine Ehefrau im Zorn verstoßen, sie aber bald hernach wieder zu sich genommen hatte, so entstand die Frage, ob diese Wiederaufnahme als eine neue Ehe anzusehen, oder ob dieselbe eine blose Fortsetzung der vorigen Ehe wirke? Auf diese Frage ist die Regel dieses Gesetzes einzuschränken. Der Jurist entscheidet nun für die Fortdauer der Ehe. Ganz natürlich, weil keine wahre Ehescheidung vorhanden ist, wenn die Trennung nicht animo perpetuam constituendi dissensionem geschehen, wie L. 3. *D. de divort.* sagt, wo die Worte der *L. 48. D. de R. I.* noch einmal vorkommen. S. *Iac.* CUJACIUS in Praelect, in Tit. Dig. de div. Reg. iur. ad dict. L. 48. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandectar. eund ad cit. L. pag. 230. und FORNERIUS Rer. quotidian. L. I. Cap. 8. in *Thes. Otton.* Tom. II. p. 135.

48) Das Sprüchwort: *ira furor brevis est*, enthält nur eine moralische, aber keine rechtliche Wahrheit.

49) NETTELBLADT Elem. iurisprud. natur §. 580.

50) Man sehe hier vorzüglich Ernst Christ. Westphals Grundsätze von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns

trägen einfältiger und melancholischer Personen zu behaupten, obwohl bey diesen Vorsicht zu empfehlen ist, weil Einfältige sich leicht mit der Einrede des Betrugs und der listigen Ueberredung schützen können [51]); und bey leztern die Melancholie zuweilen einen solchen Grad erreicht haben kann, daß sie der Seele Einsicht und Bewustseyn raubt [52]). Eine körperliche Krankheit hindert übrigens die Gültigkeit der Verträge nicht [53]). Ja es kann sogar ein Sterbender, sofern er noch bey vollem Verstande ist, seine Einwilligung zu einem Vertrage gültig ertheilen [54]), nur wird im Zweifel nicht vermuthet, daß ein Mensch im Todeskampf noch den vollen Gebrauch seiner Vernunft gehabt habe, weil solche Personen, die mit dem Tode ringen, gemeiniglich ihrer Sinnen und ihres Verstandes nicht mehr mächtig sind [55]).

Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen. Halle 1784. 4.) Kap. I.

51) *L. 1. pr. D. de dolo malo.* Vergl. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 124.

52) ZACHIAS Quaest. med. legal. Lib. II. Tit. I. Qu. 9. STRYK Diss. de dementia et melancholia. Cap. IV.

53) *L. 27. Cod de Transact.*

54) *L. 42. §. fin. D. de mort. cauf. donat.*

55) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de effatis agonizantium, praes. *Sam.* STRYK Cap. I. §. 9. Claproth in der angef. Rechtswissenschaft 1. Th. §. 6. S. 13. Götz in den angef. Beyträgen zur pop. Rechtsgelehrs. 1. Band S. 257. Anderer Meinung ist jedoch CARPZOV in Jurisprud. for. P. III. Const. 5. def. 1. allein die in den *L. 2. 10. et 12. D. qui testam. fac. poss. L. 3. C. eod.* und *L. 15. Cod. de testam.* enthaltene Verordnungen scheinen lediglich in der Begünstigung der Testamente ihren Grund zu haben.

2) **Höchst betrunkene Personen** sind den Sinnlosen gleich zu achten [56]). Ein mit solchen eingegangener Vertrag ist demnach ohne Wirkung. Trunkenheit in einem geringen Grade, die den Verstand nicht ganz beschränkt, noch das Bewustseyn raubt, macht den in solchem Zustande geschlossenen Vertrag nicht ungültig. Wer übrigens aus diesem Grunde einen Vertrag für ungültig erklärt wissen will, muß den Beweis seines Vorgebens übernehmen, weil Trunkenheit im Zweifel nicht vermuthet werden kann. Wenn nun gleich aus der Vielheit und der Stärke des Getränkes, so jemand zu sich genommen, eine Wahrscheinlichkeit, daß er betrunken gewesen sey, entstehet, so kann doch daraus allein, wenn nicht noch andere Umstände hinzutreten, noch nicht immer eine solche Völlerey geschloßen werden, die den Gebrauch des Verstandes völlig geraubt hätte, es kann indessen der Paciscent unter solchen Umständen, in Ermangelung anderer Beweismittel, zur eidlichen Bestärkung seines Angebens, daß er zur Zeit des geschlossenen Contracts seiner Trunkenkeit wegen völlig sinnlos gewesen, gelassen werden [57]).

3) **Gerichtlich erklärte Verschwender**, denen die Obrigkeit die eigenmächtige Verwaltung ihrer Güter

56) *Can. 7. Caus. XV. qu. 1.* sagt: Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent. Add. *Can. 5. Dist. 36. Can. 3. Dist. 35. Cap. 14 X. de vita et honest. Clericor. Henr.* BODINUS in Diss. de iure circa ebrietatem. (*Halae 1697.* rec. 1705. Cap. III. und *Gustav. Ge.* BIERMANN Diss. de eo quod iustum est circa ebrium. *Altorfii 1742.*) §. 10. sqq. Add. STRYK de cautel. contractuum Sect. I. Cap. II. §. 12.

57) BODINUS in der angef. Dissert. Cap. V. BIERMANN cit. Diss. §. 17.

ter untersagt, und einen Curator an die Seite gesetzt hat, können nur blos über ihr Vermögen ohne Einwilligung ihres Curators nicht gültig paciscinen [58]). Denn sie werden in Absicht auf die Verwaltung ihrer Güter den Rasenden gleich geachtet [59]). Es entstehet daher aus den Verträgen, die solche Personen ohne Zuziehung ihres Curators über ihr Vermögen geschlossen haben, nicht einmahl eine natürliche Verbindlichkeit, sondern sie sind durchaus ungültig, wenn selbige auch mit einem Eide bestätiget worden, dergestalt, daß nicht allein keine Klage wider den Verschwender statt findet, sondern auch die etwa geschehene Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens zurückgefordert werden kann [60]). Ist ein Bürge dem Versprechen einer solchen Person beygetreten, so ist auch dieser an sich und aus seiner Intercession zu nichts gehalten, weil es widersprechend seyn würde, ihm die Erfüllung einer Verbindlichkeit aufbürden zu wollen, welche nicht vorhanden ist [61]).

D 5 Solche

58) *L 6. D. de Verbor. Obligat.* Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari; et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. Add. *L. 3. Cod. de in integr. restitut. minor.* S. COCCEJI Ius Civ. Controv. h. t. Qu. 32.

59) *L. 1. D. de Curat. furios. L. 12. in fin. D. de tut. et curat. dat. L. 40. D. de Reg. iur.* S. den 2. Th. dieses Commentars §. 117. S. 127.

60) STRYK de caut. contract. Sect. I. Cap. II. §. 15. Claproths Rechtswissenschaft von Eingehung der Verträge §. 9. S. 25.

61) *L. 6. cit. D. de Verb. obligat.* Zwar scheint *L. 25. D. de fideiussor* entgegen zu seyn, in welcher es heißt: Si quis pro pupillo, sine tutoris auctoritate obligato, *prodigove*, vel furioso

Solche Verträge hingegen, welche blos ihre Person betreffen,

rioso fideiusserit, magis est, *ut ei non subveniatur:* quoniam his mandati actio non competit. Allein man denke sich den Fall, daß ein Bürge, welchem die wahre Beschaffenheit der vorgegebenen Hauptschuld nicht verborgen gewesen, die Intercession gerade zu dem Ende eingegangen hätte, um den Gläubiger wegen der Ungültigkeit des Hauptgeschäfts zu sichern; so wird man es nach diesem Gesetz nicht unbillig finden, wenn alsdann der Bürge haften soll. Denn der Schuldner, dessen Verbindlichkeit das Gesetz für unwirksam erklärt, bleibt doch immer dabey gedeckt, weil der Bürge, welcher wußte, daß der Hauptschuldner zu nichts gehalten sey, auf keine Weise den Regreß gegen denselben nehmen kann. Es wird folglich durch die Verurtheilung des Bürgen der Absicht des Gesetzgebers in keinem Betracht zuwider gehandelt, vielmehr ist anzunehmen, daß ein Bürge, welcher wissentlich dem Gläubiger dasjenige zu bezahlen versprochen, was er den Rechten nach gar nicht zu fordern hat, nur seine Person hauptsächlich habe verbindlich machen, und gleichsam dem Gläubiger etwas schenken wollen. Dieß ist, wie mich dünkt, der wahre Aufschluß dieser so sehr bestrittenen *L.* 25. *D. de fideiussor.* wie *Abrah.* WIELING In Praetermissis ad Labitti usum indicis Pandectar. pag. 220. *Iurisprud. restitutae, Io. Ortw.* WESTENBERG de caussis obligationum Differt. I. Cap. IV. §. 19. (*Oper. a* IUNGIO *editor.* T. I.) und Hr. Prof. **Weber** in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 3. Abtheil. IX. Abschn. §. 113. gründlich gezeigt haben. Ich übergehe die verschiedenen zum Theil sehr erzwungenen Erklärungen und Emendationen anderer Rechtsgelehrten, und verweise auf CUJACIUS ad L. 6. D. de Verb. obl. DUARENUS ad eand. L. CONTIUS Lection. subseciv. Lib. II. cap. 3. FABER Conjectur. iur. civ. Lib. VIII. cap. 5. et 6. RAEVARDUS Varior. Lib. II. cap. 9. LEONINUS Emendat. Lib. I. cap. 19. LYCKLAMA *a* NYHOLT Membran. Lib. VI. Eclog.

treffen, sind gültig[62]); und daß Verschwender auch, ohne Beyseyn ihres Curators, ein ihnen gethanes Versprechen zu ihrem Vortheil annehmen, und ihre Vermögensumstände hierdurch verbessern können, leidet keinen Zweifel[63]).

4) Kinder unter sieben Jahren können nach römischem Rechte nicht einmal ein vortheilhaftes Versprechen gültig annehmen[64]), geschweige sich verbindlich machen[65]). Denn die Gesetze sprechen Personen von solchem Alter fast allen Verstand ab[66]). Es findet zwar in Ansehung derselben die besondere sehr günstige Ausnahme statt, daß

Eclog. 8. FORNERIUS Lib. III. Select. cap. 24. CONSTANTINAEUS Subtil. Enodat. Lib. I. cap. 1. *Thes. Otton.* T. IV.) CATHARINUS Observat. et Conject. lib. II. cap. 8. (*Thes. Meerm.* T. VI.) NOODT Commentar. ad Tit. Dig. de minorib. §. *non minus elegans.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. cap. 7. BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 20. REINOLDUS Varior. cap. 43. (*Opusc.* pag. 234. sqq.) et ad MERCERII Conciliator Not. 76. pag. 47. sqq. *Ev.* OTTO Praefat. ad Tom. IV. Thes. Iur. Rom. pag. 20. IENSIUS Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 470. und *Bav.* VOORDA in Not. ad *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustrior. quosd. titulos locaq. select. iur. civ. (*Lugd. Bat.* 1773. 4.) pag. 317 — 322.

62) Claproth a. a. O. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 737.

63) *L. cit. 6. D. de Verb. Oblig. L. 3. D. de Novation. Sim. Pet.* GASSER Diss. de pactis claudicantibus. *Halae* 1735. §. 53. sqq.

64) *L. 70. D. de Verb. Obl. L. 26. Cod. de Donation.* SCHULTING in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 16.

65) §. *10. I. de inutil. stipulat.* VINNIUS in Comm. ad h. §.

66) *Cit. §. 10. I.* quia huiusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum. Add. *L. 1. §. 13. D. de Obligat. et action.*

daß sie von geschenkten Sachen durch körperliche Apprehension unmittelbar selbst Besitz erwerben können [67]), wozu andere der Vernunft beraubte Personen nicht

67) *L. 3. Cod. de acquir. et retin. possess.* Der Kr. Decius rescribirt hierin an einen gewissen Rufinus folgendergestalt: Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes: tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adsectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin (sicuti consultissimi viri PAPINIANI responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri. Die meisten Ausleger schränken dieses Rescript, und, wie ich glaube, mit Recht bloß auf die Erwerbung des Besitzes geschenkter Sachen ein, und behaupten, daß es ausserdem bey der Regel bleibe, nach welcher ein Kind für sich allein, und ohne Auctorität des Vormundes, einen eigentlichen Besitz im Sinne des Civilrechts nicht erwerben könne: weil es den dazu erforderlichen Willen, und die Absicht, die Sache für sich zu haben und zu behalten, nicht habe. *L.* 1. §. 3. *L.* 32. §. 2. *D. de acquir. vel amitt. possess.* Die Ausnahme von dieser Regel in dem besondern Falle, wenn eine bewegliche Sache zum Geschenk gegeben worden, drücke der Kaiser durch das Wort *interim* aus, welches also hier so viel heiße, als in hoc speciali casu donationis. S. GALVANUS de Usufructu Cap. XXXIII. §. 14. (pag. 489. *edit. Tubing.*) BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. II. P. II. Disp. XXI. Th. III. lit. A. PEREZ ad Tit. Cod. de acquir. et ret. possess. §. 9. STRYK de caut. contract. Sect. I. Cap. II. §. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 766. Not. b. Es fehlt indessen nicht an Rechtsgelehrten, welche dieses Rescript ausdehnend von einer jeden andern Besitzergreifung verstehen wollen; denn da es hierbey nur auf ein bloßes Factum ankomme, so könne solche nach Maasgabe dieses Gesetzes von einem Kinde auch ohne Mitwirkung des Vormundes geschehen.

Unser

nicht fähig sind[68]); allein deßwegen ist doch ein ihnen geschehenes Versprechen anders nicht verbindlich, als wenn solches von dem Vormunde, oder einer andern Person zum Besten derselben und in ihrem Namen acceptiret worden ist[69]).

5) Un-

Unser Verfasser scheint selbst dieser Meinung zu seyn, und eben dieses haben auch COCCEJI in Iur. Civ. contr. h. t. Qu. XXX. Exc. I. und insonderheit *Aug. Iac.* CUPERUS in Observat. select. de natura possessionis. (*Lugd. Bat. 1789*) P. II. Th. 24. zu behaupten gesucht. Sie sagen, der Kaiser gedenke der Schenkung nur darum, weil er gerade über einen solchen Fall befraget worden sey. Daß aber das Rescript darauf nicht einzuschränken, beweise der aus Papinians Gutachten entlehnte Rechtsgrund, und auch in den Basiliken Lib. L. Tit. 2. (*Thes. Meermann.* Tom. VII. pag. 49.) stehe nichts von Schenkungen. Das Wort *interim* beziehe sich also auf die Zeit der Kindheit, und den Zustand der Gemüthsfähigkeit. Allein man wird dieser Meinung schwerlich Beyfall geben, wenn man Westphal im System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 121. gelesen hat. Vergleiche auch *Lud.* CHARONDAS Verisimil. Lib. II. cap. 6. (*Thes. Otton.* Tom. I. pag. 745)

68) *L.* 1. §. 3. *D. de acquir. vel amitt. possess.* S. auch den 2. Th. dieses Commentars §. 179. S. 506.

69) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. T. II. §. 993. Nach der *L. 26. C. de donat.* konnte auch ein Sklave des Kindes die Schenkung acceptiren. Claproth in der angeführten Rechtswissenschaft §. 6. S. 11. behauptet zwar, daß heut zu Tage einem Kinde etwas, so zu seinem Vortheil gereicht, gültig versprochen werden könne, wenn das Kind nur darinn gewilliget hat. Allein diesem stehet entgegen, daß ein Kind, nach den in Teutschland geltenden Gesetzen nicht gültig consentriren kann, vielmehr demselben der zur Erklärung einer gültigen Einwilligung erforderliche Verstand abgesprochen wird §. 10. *I. de inut. stip.*

5) **Unmündige**, welche die Jahre der Kindheit zurückgelegt haben, können zwar durch Verträge Rechte erwerben, und ihren Zustand verbessern [70]), wenn sie gleich der Kindheit näher als der Pubertät sind [71]), allein in sofern sie sich dadurch verpflichten wollen, sind die Verträge derselben **nach dem Civilrecht** anders nicht gültig, als wenn sie mit Concurrenz und Einwilligung des Vormundes sind geschloßen worden [72]). Es fragt sich aber, ob dem Unmündigen, der ohne Zuziehung des Vormundes paciscirет hat, nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit obliege, dasjenige zu erfüllen, weßhalb die bürgerlichen Gesetze keine Klage wider denselben gestatten? Die Frage ist unter den neuern Rechtsgelehrten sehr streitig, und es scheint, daß selbst die alten römischen Juristen hierüber nicht mit einander einig gewesen, wie sich aus den Stellen ergiebt, welche aus ihren Schriften in den Pandecten aufbehalten sind. Denn **Neratius** [73]) läugnet ausdrücklich, daß ein Pupill, der ohne

70) §. 9. *I. de inutil. stipulat. L.* 28. *pr. D. h. t. L.* 9. *pr. D. de auctorit. et consens. tutor. L.* 5. *D. de Reg. iur.*

71) §. 10. *I. de inutil. stipul. Sed in proximis infantiae* propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, *ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.*

72) *Princ. I. de auctorit. tutor. L.* 5. *L.* 9. *D. de auct. et caus. tutor. L.* 43. *D. de Obligat. et act. L.* 1. *Cod. de inut. stipul.*

73) *L.* 41. *D. de condict. indeb.* Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura debet. Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 18. und Thes. controvers. Decad. XLIV. §. 9. will in dieser Stelle statt *sine tutoris auctoritate* mittelst einer Gemination *SIne* d. i. *si sine tutoris auctoritate* lesen; HALOANDER, und *Ant.*

ohne Auctorität seines Vormundes etwas versprochen, hieraus nach dem natürlichen Rechte verbindlich werde, und meint daher, daß dasjenige, was derselbe würklich schon bezahlet hat, zurückgefordert werden könne. Ja **Licinius Rufinus**[74]) gehet so weit, daß er auch sogar in dem Falle, da der Pupill Geld anlehnsweise aufgenommen, das Daseyn einer natürlichen Verbindlichkeit verneinet. Allein **Ulpian**[75]), **Marcian**[76]), **Paulus**[77]) und **Papinian**[78]) lehren

Ant. FABER in Rational. ad h. L. wollen hingegen zwischen den Worten *promiserit*, *solverit*, ein ET einschalten. Allein daß hier keine Emendation nöthig sey, zeigt *Corn. Ant. van* WACHENDORFF in Observat. ad Leges quasd. ex iure civ. (*Traj. ad Rhen.* 1756.) Cap. III. §. 2. in OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. pag. 173.

74) *L.* 59. *D. de Obl. et Act.* Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, *ne quidem iure naturali* obligatur.

75) *L.* 1. §. 1. *D. de Novat.* Qualiscunque obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dumnodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut *naturaliter*, utputa *si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.*

76) *L.* 44. *D. de Solut.* In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione *duae obligationes* tollantur. Veluti si *pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit*, legatum a creditore fuerit sub ea conditione: si eam pecuniam numeraverit, in duas causas videri eum numerasse, et *in debitum suum*, ut in falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum consequatur. Ferner: *L.* 64. *D. ad SCtum Trebell.* Si eius *pupilli*, cui *sine tutoris auctoritate* pecunia credita erat, restituta ex eo Senatusconsulto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam; atqui heres, si post restitutionem solvat, repetet; non ob aliud, quam quod ab eo in me *naturalis obligatio* translata intelligitur. Man vergleiche über

lehren gerade das Gegentheil. Man hat sich viele Mühe gegeben, diesen Widerspruch zu heben [79]), allein vergeblich; daher

über die letztere Stelle Westphals hermenevt. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Th. §. 1708.

77) *L. 21. pr. D. ad Leg. Falcid.* Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutuo data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac conditione: Si decem, quae acceperit, heredi reddiderit; una numeratione et implet conditionem, et liberatur *naturali obligatione.* Adeo autem et *soluere* videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus erat, mortuo, *nihil repetere posset.* S. IENSII Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 325. sq.

78) *L. 25. §. 1. D. Quando dies legator.* Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet. Si Sejus *pupillus sine tutoris auctoritate* nummos accepisset, nec locupletior factus esset, et petitor ad praesens debitum verba retulit: quia nihil eius debet, nullius momenti legatum erit. Quod si verbo *debiti naturalem obligationem* et futuram solutionem cogitavit, interim nihil erit, si Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit, non secus ac si dixisset: Titio dato, quod pupillus solverit. Ueber diese Stelle vergleiche Westphal im angeführt. Buche § 889.

79) Die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten erzählen *Petrus Pentoja de* AJALA in Comm. in L. fin. Cod. de Aleator. (*Thes. Otton.* T. IV. col. 1074.) *Ge.* D'ARNAUD variar. Conject. Lib. II. cap. 22. *Io. Car. van* WACHENDORFF Dissertation. Triade pag. 431. sqq. und besonders *Car. Fried. Guil.* SCHMID in Diss. sist. Leges quasd. potiores tituli Digestor. de negotiis gestis expositas, praes. *Car. Christph.* HOFACKER def. *Tubingae* 1787 pag. 19. sqq. Die beiden vorzüglichsten Meinungen sind die Meinung des Martinus und die Meinung des Accursius. Ersterer glaubt in seiner Glosse über L. 25. de Fidejussor. die angeführten verschiedenen Gesetzstellen dadurch zu vereinigen, wenn er diejenigen, in welchen dem Pupillen eine natür-

daher ich denjenigen beyzutreten kein Bedenken finde, welche behaupten, daß die obige Frage unter den verschiedenen Secten der alten römischen Rechtsgelehrten wirklich contro-

vers

natürliche Verbindlichkeit aufgelegt wird, blos von dem Falle erklärt, da der Pupill mit dem Schaden eines andern sich reicher befindet. Diese Meinung vertheidigen CUJACIUS ad L. 25. §. 1. D. Quand. dies legator. und ad L. 127. D. de V. O. *Hub.* GIPHANIUS in Lectur. Altorfin. ad L. 46. D. de Obl. et Act. p. 630. sqq. RITTERSHUSIUS in Comm. ad princ. I. de *auctorit. tutor.* p. 111. de AJALA c. l. und unter den neuern *Sac. Herm. ad* IDSINGA Disp. de mutuo et vet. litterarum obligatione prael. *Abrah.* WIELING *Franequ.* 1736. hab. Cap. V. §. 7. (in OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. T. I. p. 159.) Allein ihr stehen die *L. 1. D. de Novat.* L. 95. §. 2. *D. de solut.* und L. 25. §. 1. *D. Quando dies legator.* offenbar entgegen, welche von der natürlichen Verbindlichkeit eines solchen Pupillen reden, der sich nicht bereichert hat. Aus diesem Grunde hat daher die Meinung des Accursius mehreren Beyfall gefunden. Dieser unterscheidet zwischen Pupillen, welche der Kindheit und solchen, welche der Pubertät am nächsten sind, und meint, daß letztere durch Verträge sich naturaliter verpflichten könnten, erstere aber nicht. Doch sey diese natürliche Verbindlichkeit nur in sofern von Wirkung, als es darauf ankommt, andern Personen deßhalb eine Verbindlichkeit aufzulegen. Die vornehmsten Anhänger dieser Meinung sind DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XII. cap. 22. p. 602. n. 60. und ad L. 127. D. de V. Obl. *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. in priores XIII. libros ex XX. Quaestion. Q. Cervidi Scaevolae Tract. V. ad L. 127. D. de V. O. *Thes. Meerman.* T. II. pag. 444. sqq. WESTENBERG de caussis obligationum Dissertat. I. Cap. IV. §. 14 — 17. *Ge.* D'ARNAUD c. l. *van* WACHENDORFF c. l. SCHMID cit. Diss. u. a. m. Allein daß es auf diesen Unterschied auch nicht ankomme, beweißt *L. 25. D. de fideiuss.*

vers gewesen [80]). Beurtheilt man die Sache blos nach dem Recht der Vernunft, so kommt alles auf die individuellen Verstandskräfte des paciscirenden Unmündigen an. Hat selbiger nun die erforderliche Einsicht von dem, was er unternimmt, so ist kein hinreichender Grund vorhanden, dem Vertrage eines Pupillen seine Gültigkeit nach natürlichen Rechten abzusprechen [81]). In dieser Hinsicht haben unstreitig diejenigen römischen Juristen Recht [82]), welche behaupten, daß aus den Verträgen der Unmündigen, wenn sie auch ohne Auctorität ihrer Vormünder eingegangen worden, eine natürliche Verbindlichkeit, das ist, eine solche Verbindlichkeit entstehe, welche das Naturrecht anerkennt.

80) *Em.* MERILLIUS Observat. Lib. VII. cap. 4. et 5. *Gottfr.* MASCOV Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 14. pag. 195. sqq. und *Car. Frid.* WALCH in Not. ad ECKHARDI *Hermeneut. iur.* Lib. I. cap. IV. §. 158. pag. 299. sqq. Es will zwar D'ARNAUD a. a. O. pag. 363. einwenden, daß die oben angeführten Gesetzstellen aus den Schriften solcher Rechtsgelehrten genommen werden, welche zu einer Zeit gelebt, wo die Secten aufgehört hätten. Allein daß Neratius ein vorzüglicher Anhänger der Proculianischen Secte gewesen, hat *Christ. Gottl.* RICHTER in Exercit. de Neratio Prisco ICto. *Lips.* 1788. Cap. V. gezeigt, und selbst die Iureconsulti herciscundi hielten es bald mit Proculus, bald mit Sabinus. S. MASCOV c. l. Cap. VIII.

81) S. SCHULTING Diss. de Obligatione naturali Cap. 10. GROTIUS de iure belli et pactis lib. II. cap. XI. §. 5. Glafey Vernunft- und Völkerrecht S. 436.

82) Hierher gehört auch noch die Stelle des Cajus *L.* 1. §. 13. *D. de Obl. et Act.* Qui loqui potest, creditur et stipulari et *promittere recte posse.*

kennt[83]). Allein da die bürgerlichen Gesetze dem Unmündigen bey Schließung der Verträge keine gehörig überlegte Willenserklärung zutrauen, und daher die vollkommene Verbindlichkeit desselben von der Auctorität seines Vormundes abhängig machen; so entstehet nun die Frage, was dieser natürlichen Verbindlichkeit für eine Wirkung im Gericht beyzulegen sey; Hier merke man sich folgende Hauptsätze.

1) Den Pupillen selbst kann für seine Person diese Verbindlichkeit auf keine Weise belästigen; sondern in Absicht auf diesen haben die bürgerlichen Gesetze derselben alle Wirkungen entzogen, in sofern er selbst in Anspruch genommen wird. Es ist dieses nicht nur denjenigen Gesetzen der Pandecten gemäß, in welchen gesaget wird, daß dem Pupillen, der ohne Auctorität seines Vormundes etwas versprochen, auch nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit obliege; denn da diese Verbindlichkeit in den bürgerlichen Gerichten nicht anerkannt wird, so ist sie freylich, in Absicht auf den Pupillen, so gut, als gar keine[84]); sondern

 eben

83) PAULUS in *L.* 84. §. 1. *D. de div. Reg. iuris* sagt: Is *natura* debet, quem iure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

84) Justinian selbst sagt dieses ganz deutlich in dem §. 3. *I. quib. mod. toll. obligat.* wenn es daselbst heißt: obligatio pupilli, a quo quis sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit, nulla est. Man vergleiche hier vorzüglich BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. VI. Thes V. Lit. B. pag. 233. VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XXVI. Tit. 8. §. 4. WESTENBERG de caussis obligationum Dissertat. I. Cap. IV. §. 15. HUBER in Praelect. ad Institut. iur. civ. Lib. III. Tit. XX. §. 2. 3. et 4. und SCHULTING in Enarrat. part. pr. Dig. h. t. §. 18.

eben dieses bestätiget auch die Analogie neuerer Gesetze. Denn da auch sogar ein Minderjähriger, der unter der Curatel stehet, in Dingen, welche sein Vermögen betreffen, sich ohne Zustimmung des Vormundes keineswegs verbindlich machen kann, vielmehr nach deutlicher Vorschrift der Gesetze eben so, als ein gerichtlich erklärter Verschwender, behandelt werden soll, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliegt [85]; so muß dieses noch vielmehr von den Verträgen der Unmündigen gelten, da es eine richtige Regel ist, daß den Pupillen in dem Falle gar keine Verbindlichkeit treffen könne, in welchem der Minderjährige nur aus einem solchen Vertrage nicht verbindlich wird, den er über sein Vermögen geschlossen hat [86]). Hieraus folgt also, daß nicht nur keine Klage wider einen solchen Unmündigen statt findet, der ohne dem Vormund etwas versprochen, sondern sogar dasjenige, was derselbe zur Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens etwa schon gegeben hat, zurückgefordert werden kann [87]).

2) Wenn

85) *L. 3. Cod. de in int. restitut. minor.* — Cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est.

86) Vid. EMMINGHAUS in Not. ad COCCEJI ius civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 30. not. f. pag. 246.

87) *L. 9. I. de inutil stipulat. L. 1. Cod. eod. L. 41. D. de condict. indeb.* Man sieht hieraus, daß die Gesetze den Schluß von Zurechnung der Vergehungen auf Gültigkeit der Verträge bey Unmündigen billig nicht gelten lassen. Denn wird der Pupill einer zu Schulden gebrachten Vergehung wegen gestraft, so gereicht das zu seiner Besserung. Kommt er aber durch Verträge um sein Vermögen, so fällt er dem Staate zur Last.

2) Wenn es hingegen bloß darauf ankommt, anderen Personen deshalb eine Verbindlichkeit aufzulegen, so haben die auch ohne des Vormunds Einwilligung eingegangenen Rechtsgeschäfte der Unmündigen ihre völlige Wirkung[88]). Verträge, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit einem Pupillen eingegangen, sind daher dergestalt gültig, daß von seiner Seite auf die Erfüllung des geschlossenen Handels gedrungen werden kann, wenn desselben Aufrechterhaltung ihm zum Vortheil gereicht. Es entsteht hieraus ein so genanntes hinkendes Geschäft, welches nur auf Seiten des andern Theils, welcher mit dem Unmündigen contrahirt hat, nicht aber auf Seiten des letztern verbindlich ist[89]). Auch der Bürge, welcher für das Versprechen des Pupillen gut gesagt hat, kann deshalb mit Recht in Anspruch genommen werden, und hat an das Vermögen des Mündels keinen Regreß[90]). Sogar bey dem

88) S. Hrn. Geh. Trib. Rath Höpfners Commentar über die Institutionen §. 734. und *Io. Christ.* BRANDENBURG Commentat expon. differentias iur. Rom. inter pupillos et minores tutores ac curatores (*Hanov.* 1793. 8.) §. 23.

89) *Princ. Instit. de auctoritate tutor.* Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate: deteriorem vero non aliter, quam cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuae nascuntur, ut in emtionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, *ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur*, at invicem pupilli non obligantur. — *L.* 13. §. 29. *D. de action. Emti Vend.* Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus. *Nam, qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*

90) *L.* 35. *D de Recept. L.* 42. *pr. D. de jurejur. L.* 127. *D. de Verb. Obligat. L.* 25. *D. de fidejussor.*

Erben des Pupillen ist die natürliche Verbindlichkeit desselben nicht ohne Wirkung. Dahin gehört, daß derselbe, wenn er die ohne Auctorität des Vormunds contrahirte Schuld seines unmündigen Erblassers einmahl bezahlt hat, das Bezahlte nicht wieder zurückfordern kann[91]); derjenige hingegen, welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes contrahirt hat, wenn er in der Folge desselben Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des Falcidischen Viertels sich auszugleichen hat, seine ganze Forderung, mithin nicht bloß dasjenige, wodurch der Pupill reicher geworden, in Anrechnung zu bringen befugt ist[92]). Daß auch die Schuld des Pupillen eine Novation zulasse, verordnen die Gesetze deutlich[93]). Endlich

3) ist es zwar ausser Zweifel, daß ein Unmündiger aus seinen ohne vormundschaftlicher Auctorität geschlossenen Contracten in dem Fall vollkommen verbindlich werde, da der Gläubiger beweisen kann, daß der Pupill durch den geschlossenen Handel reicher geworden[94]), weil es schon in der natürlichen Billigkeit gegründet ist, daß sich niemand mit des andern Schaden bereichere[95]). Allein eben so gewiß ist es auch, daß diese Verbindlichkeit keine bloß natürliche, sondern eine durch die bürgerlichen Gesetze bestätigte Verbindlichkeit sey, weßhalb nach der Verordnung des Kaiser

91) *L. 64. pr. D. ad SCtum Trebell.*

92) *L. 95. §. 2. D. de Solut.*

93) *L. 1. §. 1. L. 9. D. de Novat.*

94) *L. 5. §. 1. D. de auct. tutor. L. 13. §. 1. D. de condict. indeb. L. 9. et 10. D. de instit. act. L. 3. pr. D. commodati. L. 1. §. 15. D. depositi.*

95) *L. 14. D. de condict. indeb.*

Kaiser Antoninus Pius eine actio utilis gegen den Unmündigen statt findet[96]).

Soviel endlich 6) die Verträge der Minderjährigen anbetrift, so ist nach dem römischen Rechte in Absicht auf die Gültigkeit derselben ein Unterschied zwischen Minderjährigen, die keinen Vormund haben, und solchen, welche damit versehen sind. Ein Minderjähriger bekam nämlich nach dem Römischen Rechte bekanntermassen wider seinen Willen keinen Curator, sondern nur alsdann, wenn er selbst darum anhielt[97]); hatte er aber einmahl einen

96) *L.* 5. *pr. D. de auct. tutor. L.* 3. *pr. D. Commodati.* S. *Ant.* SCHULTING in Diss. de naturali obligatione. Cap. X. (inter EIUSDEM *Commentat. academ. Halae* 1770. 8. edit. Dissert. I. pag. 28.) Uebrigens haben von dieser Controvers über die natürliche Verbindlichkeit der Pupillen besonders COCCEJI in Iur. Civ. controv. h. t. Qu. XXX. Hr. Prof. Weber in der system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 2. Abth. §. 71. S. 265. ff. und *Io. Frid. de* MEYER in Comment. de eo, quod interest inter tutelam et curam aetatis, nec non inter impuberes et minores iure Rom. ac Germ. *Goett.* 1792. §. 19. gehandelt.

97) *L.* 13. §. 2. *D. de tut. et curat. dat. L.* 2. §. 4. *et* 5. *D. qui. pet. tutor. L.* 43. §. 3. *D. de procurat.* und besonders §. 2. *I. de Curator.* Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar das Gegentheil behaupten, und glauben, ein Minderjähriger habe müssen um einen Curator bitten, als *Franc. de* AMAYA Lib. I. Observat. cap. 8. n. 15. *Ant.* SCHULTING ad Ulpiani fragmenta Tit. XII. §. 4. Not. 11. in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 606. HEINECCIUS in Antiquit. Rom. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. I. Tit. XXIII. §. 8. et 9. *Ge. Conr.* CRUSIUS in Diss. ad constitutionem D. Marci de curatoribus minorum (in FELLENBERG *iurisprud. antiqua* Tom. II. pag. 575) SCHRODER

Curator bekommen, so stand es ihm nicht frey, denselben nach Gutbefinden wieder abzudanken, sondern er mußte ihn

DER Observat. iur. civ. pag. 28. u. a. m. Allein man sehe dagegen VINNIUS in Comment ad §. 2. I. de Curator. HUBER in Digressum Iustinian. Lib. III. cap 15. 16. et 17. *Guil. de* HERTOGHE Diss. Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans s. Exercit. acad. ad §. 2. I. de Curator. contra *Iac.* RAEVARDUM, sub praef. *Christ.* WILDVOGEL hab. *Ienae 1720.* (*Opuscul. iurid.* a *Io.* WUNDERLICH edit. *Hamburgi* 1768. 8. Nr. 1.) *Io. Th.* SEGER Diss. brev. curarum historiam tract. *Lips.* 1763. §. 10. sqq. (*Opusc.* ab Ill. KLÜBER edit. p. 122. sqq. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 226. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 700. BRANDENBURG in Comm. expon. differentias I. R. inter pupillos et minores, tutor. ac curatores §. 14. et 15. und besonders *Io. Frid. de* MEYER in Commentat. cit. de eo quod interest inter tutelam et curam aetatis nec non inter impub. et minores §. 14—18. Daß es indessen Fälle gegeben, wo ein Minderjähriger bey den Römern einen Curator haben mußte, ist nicht zu läugnen, und die mancherley Hindernisse, welche sich einer solchen Person bey Verwaltung ihres Vermögens in Weg legten, und selbige öfters nöthigten, deßhalb die Obrigkeit anzugehen, mochten Ursache seyn, weßhalb die meisten Minderjährigen um beständige Curatoren gebeten haben. Hieraus erklärt sich, wenn Ulpian *L. 1. §. ult. L. de minorib.* sagt: Hodie in aetatem usque viginti quinque annorum adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus. Daß es aber dessen ungeachtet noch immer viel Minderjährige gegeben haben müsse, die sich keinen Curator bestellen lassen, beweisen die von solchen Minderjährigen in den Gesetzen vorkommende Beyspiele. *L. 7. §. 2. D. de Minor. L. 1. C. in quib. caus. in int. restitut. L. 1. C. qui pet. tut. L. 3. C. de in int. rest. minor. L. 3. §. 2. D. ad SCt. Maced.*

ihn bis zu erreichter Großjährigkeit behalten[98]). Derjenige Minderjährige nun, welcher keinen Vormund hat, kann nach römischen Gesetzen, seines minorennen Alters ungeachtet, in der Regel über das Seinige frey disponiren, und durch rechtliche Handlungen sich sowohl als andere verbindlich machen, und nur, wenn er eine nicht ganz unbeträchtliche Verletzung erweisen kann, gestatten ihm die Gesetze, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen[99]). Daß also die von solchen Minderjährigen eingegangene Verträge an sich gültig sind, ist nach römischen Rechte keinem Zweifel unterworfen[100]). Nur die Veräusserung und Verpfänduug unbeweglicher Güter ist ihnen ohne Einwilligung der Obrigkeit nicht erlaubt[1]). Denn in Absicht auf diesen Punct sollen nach einer gewissen Verordnung des Kr. **Justinians** alle Minderjährige gleiche Rechte haben[2]). Stehet hingegen ein Minderjähriger unter der Curatel; so

98) **Ulpian** bemerkt in der *L. 3. pr. D. de minorib.* daß die Kaiser nur sehr selten einem Minderjährigen veniam aetatis ertheilt hätten. S. VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 4.

99) *L. 3. Cod. de in int. restit. minor.*

100) *L. 7. §. 1. L. 11. §. fin. D. de Minorib. L. 3. §. 2. D. ad SCtum Macedon. L. 36. D. de noxal. act.* Vid. COCCEJI in iure civ. contr. h. t. Qu. 31. *de* MEYER cit. Commentat. §. 21. BRANDENBURG Comment. alleg. §. 24.

1) *De* MEYER c. l. **Höpfner** c. l. §. 227. S. 210. lit. c.

2) *L. 3. Cod. de his, qui ven. aetat. impetrav.* — In quarum (sc. *rerum immobilium*) alienatione vel hypotheca decretum illis necessarium est, qui necdum veniam aetatis meruerunt: *ut similis sit in ea parte conditio* MINORUM OMNIUM, *sive petita sit, sive non, aetatis venia.*

so kann er zwar solche Verträge, die bloß seine **Person** betreffen, oder wodurch er sich nur zur Leistung eines persönlichen Factums verpflichtet, ohne seines Curators Einwilligung gültig eingehen; z. B. eine Ehe schliessen [3]), seine Dienste um einen Lohn vermiethen, einen Auftrag zur Besorgung fremder Geschäfte übernehmen, u. d. [4]) weil ein Curator nach römischem Rechte nicht, wie der Tutor, zur Erziehung und Aufsicht über die Person, sondern hauptsächlich zur **Administration** des **Vermögens** bestellet wird [5]). Allein ob ein solcher Minderjähriger, welcher einen Vormund hat, sich auch in Sachen, welche sein **Vermögen** betreffen, ohne jenes Einwilligung verbindlich machen könne, und ob daher die von demselben über sein Vermögen eingegangene Verträge nach römischen Rechte, auch **ohne vormundschaftliche Genehmigung** für gültig zu halten? ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten noch nicht einverstanden sind. Viele, denen auch unser Verfasser beystimmt, sind der Meinung, daß solche Verträge an sich nicht ungültig, sondern für den Minderjährigen allerdings verbindlich wären, nur daß freylich der Curator sich der Erfüllung derselben widersetzen könne, weil dieser zu nichts verpflichtet sey, wenn das Geschäft ohne seine Zuziehung

3) *L. 20. D. de Ritu nuptiar.* Sciendum est, ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla, an non, quia officium eius in administratione negotiorum constat. *L. 8. C. de nupt.* In wiefern Minderjährige pacta dotalia eingehen können, erörtert BRANDENBURG cit. Commentat. §. 31. pag. 65. sq.

4) *de* MEYER cit. Commentat. §. 20.

5) §. 2. *I. de Curator. L. 20. D. de rit. nupt. Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. XXIII. Princ. I. pag. 1082. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 696.

hung geschlossen worden. Es könne also zwar so lange, **als die Curatel dauert**, eine von dem Minderjährigen etwa versprochene Veräußerung nicht vor sich gehen; allein, sobald die Curatel aufhöre, und wenn dann der minderjährige, nun majorenn gewordene Contrahent nicht etwa die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten könnte, so stehe die Verbindlichkeit fest, und gebe dem andern ein Klagerecht [6]). Man beruft sich deßhalb auf einige Stellen der Pandecten, in welchen ohne Einschränkung gesagt werde, daß Minderjährige auch ohne Beytritt ihrer Curatoren sich durch Versprechungen verbindlich machen könnten. Denn so sagt **Modestinus** in der *L. 101. D. de Verb. Obligat.* Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. Das nämliche lehre **Paulus**, wenn er in der *L. 43. D. de Obligat. et action.* sagt: Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis, in welcher Stelle

6) Die vornehmsten Vertheidiger dieses Meinung sind BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Diss. VI. Th. V. Lit. C. *Zach.* HUBER in Diss. de obligatione puberum ad L. 101. D. de V. O. (in EIUS *Dissertat. iurid.* Franequ. 1703. P. I. p. 369. sqq.) *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. XX. §. 5. HEINECCIUS in Not. ad VINNII Comment. ad Instit. Lib. III. Tit. XX. § 9. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 21. u. 22. PÜTTMANN Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 20. pag. 149. *Io. van der* LINDEN ad VOET Comment. in Pandect. Tit. de Minoribus §. 52. und der Verfasser der **Abhandlung über die Fähigkeit der Minderjährigen, sich verbindlich zu machen**, welche in dem 6ten Theile des von **Hagemann** und **Günther** herausgegebenen **Archivs für die theoretische und practische Rechtsgelehrsamkeit** (Helmstädt 1792. 8.) Nr. I. enthalten ist.

le die Worte *suae potestatis* nicht etwa von einem solchen Minderjährigen zu verstehen wären, der keinen Curator hat, sondern blos in der Absicht beygefügt worden, um einen patremfamilias puberem von einem Pupillen zu unterscheiden, der noch unter der Gewalt eines Tutors stehet, und von welchem er gleich nachher sagt: eum *sine tutoris auctoritate* non obligari iure civili. Dieser Gegensatz gebe nicht undeutlich zu erkennen, daß Paulus von einem solchen Minderjährigen rede, der wirklich einen Curator hat, dessen Fähigkeit, auch ohne vormundschaftlichen Beystand zu contrahiren, um so weniger bezweifelt werden könne, da sogar ein minderjähriger Filiusfamilias, welcher doch in Absicht seines Peculiums dem Vater gewiß mehr untergeben sey, als ein minor sui iuris dem Curator, sich nach Vorschrift der Gesetze [7]) gültiger Weise, auch ohne Einwilligung des Vaters, verbindlich machen könne, und ihm nur blos im Falle einer erweißlichen Läsion durch Restitution zu helfen sey. Allein andere, welche das Gegentheil behaupten [8]), setzen

7) L. 141. §. 2. *D. de Verbor. Obligat.* L. 3. §. 4. *D. de Minorib.*

8) *Io.* MERCERIUS Opinion. et Observat. Lib. I. cap. 6. (*Thes. Ottonian.* Tom. II. col. 1561.) *Io.* ROBERTUS Animadvers. iur. Lib. I. cap. 12. *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. VII. Eccl. 15. *Arn.* VINNIUS in Comment. ad §. 9. I. de inutil. stip. n. 5. *Io.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 52. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. pr. Digestor. h. t. §. 20. et 21. *Ger.* NOODT de pactis et transactionibus. Cap. 20. *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 31. DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Restitutionibus in integrum. (*Lugd. Batav.* 1767. 8.) Tit. IV. §. 24. pag. 219. *de* BEHMER Nov. iure controv. Tom. I. Obs. 47. Adolph Diet. Weber

setzen jenen nicht ohne Grund die Verordnung der Kaiser Diocletians und Maximians entgegen, welche in der L. 3. *Cod. de integr. restitut. minor.* an einen gewissen **Attian** folgendermaßen rescribirt haben: Si *curatorem habens minor* quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, *hunc contractum servari non oportet*, cum non absimilis ei habeatur *minor curatorem habens*, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est. Si vero *sine curatore constitutus* contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis. Es ist hier von einem Minderjährigen die Rede, welcher Sachen ohne Einwilligung des Curators verkauft hatte, und die Frage, welche hier entschieden worden, war die, ob der Contract zu Recht bestehe oder nichtig sey? Das Gesetz unterscheidet, ob Minor schon zur Zeit der unternommenen Veräußerung einen Curator gehabt, oder damals noch mit keinem Vormund versehen gewesen. Im erstern Falle wird die Veräußerung, welche der Minderjährige ohne Zuziehung des ihm beygeordneten Vormundes unternommen, für ungültig erklärt, und zwar aus dem Grunde, weil ein unter der Curatel stehender Minderjähriger dem gleich zu schätzen sey, welchem der Prätor seiner verschwenderischen Haushaltung wegen die Verwaltung seines Vermögens genommen, und der Curatel unterworfen hat. Daß aber ein sol-

cher

der in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. 2. Abth. §. 72. *Io. Frid. de* MEYER Comment. cit. de *eo*, quod interest inter tut. et curam aetatis §. 19. pag. 40. **Höpfner** im Commentar über die Institut. §. 227. *Io. Christ.* BRANDENBURG in Comment. alleg. expon. different. iur. Rom. inter pupillos et minores. §. 27. u. a. m.

cher gerichtlich erklärter Verschwender gültig nichts veräussern könne, ist außer Zweifel. Im letztern Falle hingegen wird dem Minderjährigen nur erlaubt, bey erweißlicher Läsion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, mithin, daß das Geschäft an sich nicht ungültig sey, hierdurch zu erkennen gegeben. Ob nun gleich diejenigen, welche dem ohnerachet die Nullität der von Minderjährigen über ihr Vermögen ohne Genehmigung ihrer Curatoren eingegangenen Verträge nicht zugeben wollen, dieses Gesetz so zu erklären wissen, daß es ihrer Behauptung nicht entgegen stehet, indem sie die Worte: *hunc contractum servari non oportet*, so verstehen wollen, daß nur der Vormund, so lange er da ist, durch seinen Widerspruch die Wirkung des Contracts zum Besten seines Pflegbefohlnen hindern könne, der Minderjährige selbst aber aus seinem Versprechen für seine Person dergestalt verbindlich sey und bleibe, daß er nach erlangter Volljährigkeit auf die Erfüllung desselben belangt werden könne; so ist doch diese Erklärung offenbar gezwungen, und dem Inhalte des Textes ganz entgegen. Denn daß die Worte *servari non oportet* vielmehr so viel heissen sollen: der Contract sey an sich nichtig, er brauche nicht gehalten zu werden, und es bedürfe hier keiner Restitution, sieht man theils aus dem von den Gesetzgebern gebrauchten Grunde der Aehnlichkeit eines unter der Curatel stehenden Minderjährigen mit einem gerichtlich erklärten Verschwender, theils daraus, daß nur in dem andern Falle, da nämlich der Minderjährige zur Zeit des geschlossenen Contracts mit keinem Vormund versehen gewesen, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen gestattet wird [9]). Da indessen

9) Auch die Basilica Tom. I. Lib. X. Tit. 4. p. 635. bestätigen diese Erklärung. Denn da heißt es: ἀυτῷ τῷ νόμῳ ἄχρηϛος ἐϛι

indessen freylich in dem Gesetz selbst kein Wort vorkommt, aus welchem sich schließen ließe, daß die Imperatoren jene Gesetze der Pandecten hätten aufheben wollen; so bleibt noch immer die Hauptfrage übrig, wie diese Verordnung des Codex mit jenen Stellen der Pandecten in Harmonie zu bringen sey? Man hat fast kein Hülfsmittel unversucht gelassen, um den scheinbaren Widerspruch zu heben[10]), ja man hat sogar zur Critik seine Zuflucht genommen, und durch Veränderung der Leseart der Schwierigkeit abzuhelfen gesucht[11]) sich aber im Grunde, wie Herr Prof. We-

ἐςι ἡ πρᾶσις, ὡς μηδὲ ἀποκαταςάσεος ἀυτὸν χρῄζειν; d. i. *ipso iure inutilis est venditio, ut nec restitutione egeat.*

10) So z. B. meint VINNIUS ad §. 9. I. de inus. stip. daß die Worte *sine curatoribus suis* in der *L. 101. D. de V. O.* nicht eben in besondern Bezug auf einen wirklich bestellten Curator zu nehmen wären, sondern nur eine allgemeine Beziehung überhaupt darauf hätten, daß Minderjährige sich einen Curator ausbitten könnten, und gewöhnlich einen Curator zu haben pflegten. Eben so versteht man insgemein die *L. 43 D. de V. O.* von einem solchen Minderjährigen, der keinen Curator hat, wenn es daselbst heißt: obligari potest *paterfamilias, suae potestatis, pubes.* Man sehe die in der Not. 8. angeführte LYCKLAMA, NOODT, SCHULTING u. a. m. Allein diesen Erklärungen ließ sich freylich vieles entgegen setzen, wie unter andern MARCKART Interpret. recept. I. C. lect. Lib. I. cap. 21. einleuchtend gezeigt hat.

11) Z. E. so wollen einige in der *L. 101. D. de V. O.* statt sine curatoribus suis lesen: *sine curatoribus* SUI, als wenn von solchen Minderjährigen die Rede wäre, welche keinen Curator hätten; S. *Alex. Arn.* PAGENSTECHER in Aphorism. Iustinian. III. 97. in fin. und in Sicilment. compend. Lauterbach. Manip. IV. pag. 40. Andere halten dafür, man müsse statt possunt

Weber [12]) ganz richtig bemerkt, die Sache schwieriger gemacht, als sie wirklich ist. Schon die Worte der angeführten Gesetzstellen gaben nicht undeutlich zu erkennen, daß sie nicht von einem und demselben Gegenstande handeln. Daß ein Minderjähriger, wenn er auch unter der Curatel stehet, sich dennoch in gewißen Fällen, auch ohne Beytritt seines Curators, durch Versprechungen verbindlich machen, und insonderheit in solchen rechtlichen Angelegenheiten, welche nicht sein dem Curator untergebenes Vermögen, sondern bloß seine Person angehen, für sich allein gültig handeln könne, ist ausser Zweifel, und auch oben bereits bemerket worden. Diese Möglichkeit, sich verbindlich zu machen, welche niemand einem Minderjährigen abstreiten wird, ist es, welche in den angeführten Gesetzstellen der Pandecten von den römischen Juristen anerkannt wird. Denn es wird darinn, wie auch schon Voet [13]) sehr richtig einge-

sunt ex stipulatu obligari lesen: *obligare*, wie *Sim. van* LEEUWEN in Not. ad L. 101. D. cit. Diese Emendation nehmen auch NOODT de pactis et transact. cap. 20. BRENCMANN in Disp. de Legum inscriptionibus §. 20. bey WIELING *iurisprud. restitut.* pag. 167. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. pr. Digestor. h. t. §. 21. an. Andere sind noch dreuster, und schieben das Wörtchen *non* ein; sie lesen also: Puberes sine curatoribus suis NON possunt ex stipulatu obligari. S. DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XII. cap. 22. n. 50. pag. 602. Allein dergleichen willkührliche Aenderungen der Leseart in Gesetzen, die an sich einen richtigen Sinn haben, verdienen keinen Beifall. S. BRANDENBURG cit. Commentat. §. 30. Not. a.

12) in der angef. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 72. S. 288.

13) in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. IV. §. 52. mit welchem auch DOMPIERRE *de* JONQUIERES in Specim. de Restitutionibus in integr. Tit. IV. § 24. pag. 219. übereinstimmt.

eingesehen hat, nicht geradezu behauptet, daß der Minderjährige, wenn er auch ohne Vormund gehandelt, dennoch durchgängig aus seinen Verträgen obligirt werde; nein, sondern sehr wohlbedächtig drückt sich **Modestinus** aus, wenn er sagt: *possunt* ex stipulatu obligari, wodurch er ohne allen Zweifel nur auf diejenigen Fälle zielet, wovon wir wissen, daß sie die Concurrenz des Vormundes nicht erfordern. Wenn nun im Gegentheil in der L. 3. Cod. de in integr. restitut. minor. blos von Veräußerungen die Rede ist, welche ein Minderjähriger ohne Consens seines Curators unternommen hatte [14]), und diese darum für ungültig erkläret werden, weil ein unter der Curatel stehender Minor in Rücksicht der Verwaltung seines Vermögens dem gleich zu achten ist, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est; so lässet sich nun, deucht mir, zwischen diesem und den obigen beyden Gesetzen der Pandecten kein

14) Was das eigentlich für Sachen gewesen, welche der Curand in dem Falle der L. 3. veräussert hätte, wird zwar in dem Gesetz nicht weiter bestimmt; indessen läßt sich doch auch nicht gerade mit MARCHART Interpret. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 22. annehmen, daß das Gesetz aus den *L.* 8. 9. 10. 11. *sqq. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* zu erklären, und nur von praediis rusticis oder suburbanis zu verstehen sey. Denn da solche Güter der Minderjährigen ohne obrigkeitliches Decret nicht veräußert werden durften, der Minderjährige mochte einen Curator haben oder nicht, *L.* 3. *Cod. Quando decreto opus non est*; so hätte ja auch in dem letztern Falle des Gesetzes, da nämlich der Minderjährige zur Zeit der unternommenen Veräußerung mit keinem Curator versehen gewesen, der Contract für ungültig erklärt werden müssen.

kein Widerspruch mehr finden [15]). Es stimmt auch mit diesen Grundsätzen vollkommen überein, wenn **Gajus** in der *L.* 141. §. 2. *D. de Verbor. obligat.* sagt: Pubes, qui in potestate est, perinde, ac si paterfamilias, *obligari solet.* Denn daß ein unter väterlicher Gewalt stehender Minderjähriger, wenn er auch **ohne seines Vaters Einwilligung** gehandelt, sich dennoch **durchgehends** verbindlich mache, wird hier nicht behauptet [16]). Vielmehr lehrt **Ulpian** das Gegentheil, wenn er in der *L.* 3. §. 4. *D. de Minorib.* sagt: Proinde si *iussu patris* obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri; *filius* autem, *cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri*, auxilium impetrare debebit, sic ipse conveniatur. Ueberdem ist bekannt, daß ein minderjähriger Filiusfamilias von seinem peculio adventitio ohne Einwilligung seines Vaters, oder des besondern Curators, dem die Verwaltung desselben übertragen worden, nichts veräußern darf

15) S. *Conr.* RITTERSHUSIUS in Commentar. novo ad Tit. Institut. de inutil. stipulat. pag. 447.

16) Es ist merkwürdig, was **Gajus** mittelbar vorher sagt: Pupillus, si in parentis potestate est, *ne auctore quidem patre*, obligatur. Eben dieses wird in dem §. 10. *I. de inutil. stipulat.* wiederholt. Der Grund, warum ein Unmündiger zwar mit Auctorität seines Vormundes, aber nicht seines Vaters, obligirt werden könne, wird verschiedentlich angegeben. *Fr.* HOTOMANNUS in Comm. ad §. cit. Instit. pag. 340. sagt: *quia tutor ob rem male gestam tenetur, pater non tenetur.* Eben so *Conr.* RITTERSHUSIUS in Commentar. novo ad eund. §. Instit. pag. 447. und *Edm.* MERILLIUS in Comment. ad §. 9. I. de inutil. stip. pag. 351. Allein VINNIUS in Commentar. ad I. eund. §. 9. I. n. 6. und FABROTTUS ad *Theophili* paraphras. graec. Institut. cit. §. 9. not. z. Tom. II. edit. *Reitz.* pag. 652. erklären die Sache anders.

darf[17]. Melius enim est, sagt Justinian[18], coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum exspectat patrimonium.

Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist so viel gewiß, daß der römische Unterschied zwischen Minderjährigen, die mit einem Curator versehen sind, und solchen, die es nicht sind, nach heutigen teutschen Rechten nicht mehr statt finden[19]. Unsere Reichsgesetze verordnen ausdrücklich, daß, ohne Unterschied den Minderjährigen, wie den Unmündigen, Vormünder gegeben werden sollen, damit dieselben unbetrogen und unvernachtheilt bleiben, und ihr Vermögen unverletzt erhalten werde[20]. Wir haben also solche Minderjährige in Teutschland nicht mehr, von deren Willkühr es abhängt, ob sie sich einen Curator erbitten wollen, oder nicht, und die also in dem letzteren Falle über ihr Vermögen selbst rechtsgültig disponiren können[21]. Aus

 diesem

17) *L. 8. §. 5. Cod. de bon. quae liber. Nov. CXVII. cap. 1.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 576. et 583.

18) *L. 8. §. 5. cit.*

19) Man vergleiche hier vorzüglich Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit 2. Abtheil. §. 73.

20) In der Reichspolizeiordnung von 1577. Tit. XXXII. §. 1. heißt es: daß den Pupillen und Minderjährigen jederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen rc.

21) Man sehe STRYK Us. modern. Pand. Lib. XXVI. Tit. 1. §. 7. LAUTERBACH Colleg. Pandect. Lib. XXVII. Tit. X. §. 14. LEYSER

diesem Grunde finden daher auch jene Vorschriften des römischen Rechts bey uns keine Anwendung, vielmehr gilt dasjenige, was das römische Recht nur von solchen Minderjährigen verordnet, welche wirklich einen Vormund haben, bey uns von allen Minderjährigen ohne Unterschied, weil sie alle nach unsern Gesetzen unter der Vormundschaft stehen sollen, und Niemanden vor erlangter Großjährigkeit die eigene Verwaltung seines Vermögens gestattet ist[22]. Hieraus folgt, daß heutiges Tages alle Rechtsgeschäfte und Verträge der Minderjährigen, welche ihr Vermögen betreffen, sofern sie sich dadurch selbst haben verbindlich machen wollen, ohne des Vormundes Einwilligung durchaus nichtig sind[23]. Ob ein gleiches auch von denjenigen Verträgen

SER Meditat. ad Pandect. Spec. CCCXLVI. Struben rechtl. Bedenken 3. Th. Bed. 111. S. 380. von Lyncker Abh. von der Vormundschaftsbestellung 1. Kap. 1. Abschn. §. 9. S. 23. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 230. Wiesners Vormundsschaftrecht §. 43. und 44. BRANDENBURG Comment. cit. expon. differentias iur. Rom. inter pupillos et minores §. 22. de MEYER Comment. cit. de eo, quod interest inter tut. et cur. aetat. P. II. Cap. III. §. 39. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 700. u. a. m.

22) Struben a. a. O. Weber a. a. O. BRANDENBURG cit. Commentat. §. 25.

23) Joh. Christ. Quistorp in wiefern sind die Handlungen eines Minderjährigen rechtsbeständig? in Desselben kleinen jurist. Schriften 1. Samml. (Bützow und Wismar 1772. 8.) nr. VI. S. 148. ff. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Sammlung 1. Abschn. Nr. XIII. S. 110. Ludw. Friedr. Griesingers Commentar über das Herzogl. Wirtembergische Landrecht IV. Band S. 1087. ff.

tragen zu behaupten sey, welche blos ihre Person angehen, ist unter den heutigen Rechtsgelehrten streitig. Diejenigen, welche diese Frage bejahen[24]), gründen sich darin, daß nach teutschen Rechten ein Vormund eben sowohl der Person des Minderjährigen als dem Vermögen desselben vorgesetzt werden[25]). Diese behaupten daher, daß heutiges Tages die Einwilligung der Vormünder auch sogar bey den Eheverlöbnissen ihrer Pflegbefohlnen erforderlich sey, wenn sie eine rechtsständige Verbindlichkeit haben sollen[26]). Allein andere[27]) halten dafür, daß der römische Rechtssatz:

F 3 cura-

24) S. Wiesners Vormundschaftsrecht §. 45. pr. 62. de LUDWIG differentiae inter tutor. et curatores (*Opusc.* T. II. Diss 2.) Not. pp. *Ge.* BEYER Diss. de hodierna tutor. et curator. differentia (*Opusc.* n. IV.) §. 13. *de* MEYER cit. Commentat. §. 39. pag. 69.

25) Man beruft sich auf §. 3. Tit. XXXII. der oben angeführten Reichspoliceyordnung wo es heißt; daß er seinen Pflegkindern und ihren Gütern getreulich und ehrbarlich vorseyn, ihre Personen und Güter versehen und verwahren — wolle.

26) S. *Gottl. Aug.* IENICHER Diss. de necessario tutorum seu curatorum consensu in sponsalibus minorum. (T. XI. *Meditat.* LEYSERI adj. p 25. seqq.) Hoffmanns Handbuch des teutschen Eherechts §. 10. S. 30. *de* MEYER cit. Commentat. §. 39.

27) STRYCK Us. Mod. Pandect. Lib. XXVI. Tit. I. §. 8. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 230. HOFACKER Princip iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 696. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts III. Th. §. 130. S. 73. Pütters rechtl. Bedenken über eine merkwürdige Vormundschaftsgeschichte (Göttingen 1791.) S. 5. und besonders BRANDENBURG cit. Commentat. §. 34. et 35.

curator primario datur rei, durch die teutschen Reichsgesetze keinesweges aufgehoben sey, mithin ein Minderjähriger solche Verträge, dadurch er sich blos für seine Person verbindlich macht, auch ohne Einwilligung seines Curators gültig schließen könne[28]). Nach gemeinen Rechten verdient diese letztere Meinung allerdings den Vorzug[29]), obgleich viele besondere teutsche Gesetze jene erstere bestätigen[30]).

§. 289.

Verschiedene Erklärungsarten der Einwilligung.

Zur rechtsgültigen Schließung eines Vertrags wird ferner erfordert, daß die gegenseitige Einwilligung von den Paciscenten hinreichend erklärt werde. Diese Willenserklärung kann auf dreyerley Art geschehen;

1) aus-

28) HOFACKER l. c. §. 702. Quistorp a. a. O. p. 149. Dabelows Gründs. des allgem. Eherechts der teutschen Christen §. 98.

29) Die in der Not. 25. angeführte Stelle der Polizeyordnung vom Jahr 1577. ist dieser Meinung nicht entgegen. Denn 1) zeigt der Zusammenhang mit den §. 2. des Tit. XXXII. daß hier von einem Tutor im engern Sinne die Rede sey; sodann ist auch 2) schon aus römischen Rechten bekannt, daß sich selbst der Curator eines Minderjährigen der Sorge für die Person des Curanden nicht ganz entschlagen dürfe, sondern nur hauptsächlich zur Administration des Vermögens bestellet sey. S. Höpfners Commentar §. 227. und BRANDENBURG cit. Commentat. §. 35. S. 75.

30) Auch in dem allgemeinen Gesetzbuch für die Preußischen Staaten 1. Th. 5. Tit. §. 14. S. 63. heißt es: Minderjährige werden in Ansehung der Fähigkeit, Verträge zu schließen, den Unmündigen gleich geachtet.

1) ausdrücklich, durch solche Worte oder Facta, welche den Consens unmittelbar zu erkennen geben, ohne daß es hierzu eines Vernunftschlusses bedarf, z. E. durch Zunicken mit dem Kopf;

2) stillschweigend, durch solche Worte oder Handlungen, woraus sich mit Zuverläßigkeit eine Einwilligung folgen läßt;

3) vermuthend, wenn weder aus Worten, noch Handlungen, die auf den gegenwärtigen Fall einen Bezug haben, sondern aus andern wahrscheinlichen Gründen mit Beystimmung der Gesetze eine Einwilligung geschlossen wird [31]). Ob übrigens die Einwilligung auf die eine oder andere Art erklärt worden, ist, in sofern nicht etwa die Gesetze in einem bestimmten Falle eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern, in Ansehung der rechtlichen Wirkungen gleichgültig. Verträge können also in dieser Rücksicht entweder ausdrückliche oder stillschweigende seyn [32]). Daß eine Convention auch sowohl persönlich, als unter Abwesenden durch Briefe, oder durch einen Bevollmächtigten, geschlossen werden könne, leidet keinen Zweifel [33]).

31) *Frid. Ge.* LAUTENSACK Disp. de accurato discrimine inter consensum expressum, tacitum et praesumtum. Erf. 1710. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 183. et 184. Höpfner im Commentar § 735. S. 646.

32) *Henr. Theod.* PAGENSTECHER Diss. de pactis tacitis, hinter seinem *Commentar. in Sexti Pomponii ICti ad Sabinam de re testamentaria libr. IV. (Lemgoviae* 1750. 4.) pag. 141. sqq. *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 2.

33) *L. 2. D. de pactis*: LABEO ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuncium, inter absentes quoque posse: sed

§. 290.

Grundsätze von stillschweigender Einwilligung.

Eine stillschweigende Einwilligung wird nicht blos aus Handlungen gefolgert, wie hier unser Verfasser annimmt, sondern sie kann auch eben so gut durch Worte erkläret werden, wenn selbige von der Art sind, daß sie die Absicht des sich verbindlich machenden nicht gerade zu ausdrücken, sondern implicite zu erkennen geben. Z. B. wenn ein Schuldner seinen Gläubiger die Befugniß ertheilet, gewisse Sachen zum Verkauf zu bringen, falß die Zahlung nicht zu rechter Zeit erfolgen sollte, so wird angenommen, daß solche Sachen stillschweigend verpfändet worden.

sed etiam tacite consensu convenire intelligitur. Die Worte *re convenire* machen hier einige Schwierigkeit. Verschiedene Rechtsgelehrte erklären sie von einem Realcontract, z. B. *Reinh.* BAGHOVIUS in Prot. pag. 594. *Pard.* PRATEJUS jurisprud. vet. in *Thes. iur. Ottonian.* Tom. IV. pag. 470. Allein richtiger werden sie von andern so verstanden, daß man ausdrücklich und persönlich eine Convention schließen könne. S. CUJACIUS in Not. ad h. L. *Ger.* NOODT de pactis et transact. cap. 2. (*Oper.* T. I. p. 486.) Nicht nur die Basiliken Lib. XI. Tit. I. pag. 719. Tom. I. sondern auch der Zusammenhang selbst rechtfertigen diese Erklärung. Uebrigens scheint das Unterscheidungszeichen nach dem Wort *nuncium* ganz überflüßig zu seyn, es ist auch in den Basiliken nicht zu finden, als welche jene Stelle der Pandecten folgendergestalt übersetzen: *Συμφωνεῖ τις καὶ παρὼν καὶ ἀπὼν δι' ἐπιςολῆς και δι αγγελȣ* d. i. Paciscitur quis et praesens et absens per epostolam et per nuncium. Man vergleiche auch *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptar. lection. P. II. pag. 80. und PAGENSTECHER cit. Disput. Thes. V. pag. 147.

den[34]). Denn fehlt gleich die ausdrückliche Erwähnung eines Unterpfandes, so siehet man doch offenbar, daß die Absicht des Schuldners bey jener Erklärung auf nichts anders gegangen seyn könne[35]). Wird eine stillschweigende Einwilligung aus Handlungen gefolgert, so können diese Handlungen entweder omißiv- oder commiß Handlungen seyn. Zu den erstern gehört das Stillschweigen[36]). Bloßes Stillschweigen an und für sich zeigt zwar

34) *L.* 3. §. *ult. D. qui potior. in pign.* VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XX. T. II. §. 1.

35) Mehrere Beyspiele giebt Weber in den Beyträgen zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte Abh. I. §. 11. S. 40.

36) Man vergleiche über diese Materie *Henr.* COCCEJI Diss. de Silentio. *Heidelbergae* 1682. (Exercit. T. I.) *Io. Christ.* WINTER Diss. I. et II. de Silentio. *Helmst.* 1715. *Henr.* BROCKES Diss. de silentio consensum non inferente. *Vitemb.* 1734. *Io. Frid.* WAHL Progr. de conventione, quae silentio fit *Goett.* 1744. *Phil.* HAHN Diss. de praeiudicio tacentis. *Moguntiae* 1746. *Leonh. Guil.* SCHNETLAGE Diss. de consensu tacito ex silentio. *Harderovici* 1764. de CRAMER Diss. de tacente dissentiente. (*Opuscul.* T. II.) Götz rechtliche Betrachtungen über das Schweigen (in desselben Beyträgen zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Bandes 4. Stück. Nr. XXVI. S. 387. ff.) Reinhard von den Wirkungen der stillschweigenden Einwilligung zwischen freyen Völkern, (in desselben Sammlung jurist. philosoph. u. kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. St. N. 1. S. 307. ff.) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. i. §. 184. und meine Abhandl. über die Wirkung des Stillschweigens auf einen geschehenen Antrag, insonderheit, wenn solcher die Aufhebung eines öffentl. geschlossenen Kaufs betrifft, (in den merkwürd. Rechtsfällen u. Abhandl. II. Band Nr. XXVII. S. 159. ff.)

weder eine Einwilligung noch eine Mißbilligung an. Denn überhaupt sind Schweigen und Reden Dinge, die in eines jeden Willkühr stehen, so lange ihn nicht ein Gesetz zu dem einen oder dem andern verbindet. In dieser Hinsicht sagen daher die Gesetze selbst, daß derjenige, welcher schweigt, weder etwas bejahe oder verneine [37]). Allein wenn der Schweigende sich erklären konnte, und vermöge der Gesetze auch dazu verbunden war, oder das Stillschweigen mit solchen Umständen begleitet ist, daß es gar keine andere vernünftige Auslegung leidet, als diese, daß es eine Einwilligung zum Grunde habe; so ist unter dieser Einschränkung die Regel allerdings richtig, daß derjenige, welcher zu etwas stille geschwiegen, darein gewilliget habe [38]). Es muß also

1) ein solcher Fall vorhanden seyn, wo der Stillschweigende ausdrücklich hätte widersprechen müssen, wenn er nicht gewollt, daß sein Schweigen zu seinem Nachtheil erkläret werde. Dahin gehört, wenn jemand durch einen auf die Gesetze gegründeten richterlichen Befehl zu seiner Erklärung aufgefordert worden, und sie beharrlich verweigert, oder gewußt hat, daß eine ihm nachtheilige Handlung vorgehe, er aber solche, da er doch konnte und sollte, nicht verhindert hat. Denn in dem ersten Falle wird das Stillschweigen als ein Ungehorsam angesehen, und daher zum Nachtheil des Schweigenden erklärt [39]); in dem letztern Falle

37) *L.* 142. *D. de Reg. iur.* Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare. *Cap.* 44. *de Reg. iur. in 6to.*

38) *Cap.* 43. *de Reg. iur. in 6to.* Qui tacet, consentire videtur.

39) Nam qui in iure interrogatus omnino non respondit, sagt Ulpian *L.* 11. §. 4. *D. de interrogat. in iure fac.* contumax-

Falle hingegen sehen die Gesetze das Stillschweigen darum, als eine Einwilligung an, weil man von jedem vernünftigen Menschen vermuthen kann, daß er allen augenscheinlichen Schaden, wo es möglich ist, von sich abwenden, und also nicht freywillig das Reden unterlassen werde, wo ihm diese Unterlassung nachtheilig werden kann. Man setze also, ein Vater habe von seinem Sohne einen Brief erhalten, worin ihm dieser meldet, daß ihm Titius baar Geld vorgeschossen, und zugleich gebeten hat, dasselbe dem Gläubiger wieder zu bezahlen. Hier muß der Vater sofort und ausdrücklich dem Gläubiger seine Mißbilligung zu erkennen geben. Thut er dieses nicht, so schließen die Gesetze aus diesem Stillschweigen eine Genehmigung desjenigen, was der Sohn gethan hat, und verbinden den Vater zur Bezahlung [40]). Dagegen ist das Stillschweigen unnachtheilig,

a) wenn Jemand deswegen nicht widersprochen, weil er wußte, daß ihm, der Handlung des andern ungeachtet, sein Recht unverletzt bleibe. Dieß ist der Fall bey einem Pfandgläubiger, der zwar die Veräußerung der ihm verpfändeten Sache, welche der Schuldner unternehmen will, weiß, aber dagegen nicht protestirt. Denn nach deutlicher Belehrung der Gesetze giebt der Gläubiger durch seinen unterlassenen Widerspruch zu der Veräußerung selbst eben so wenig

max est, quia Praetorem contemnere videtur. VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XI. Tit. I. §. 9. Meine Abhandl. §. 2.

40) *L. 16. D. de Senatusconf. Macedon.* Mehrere Beyspiele enthalten *L. 7. § 1. D. de Sponsal. L. 5. Cod. de Nupt. L. 12. D. de Eviction. L. 4. §. 3. D. de fidejuss. tutor. L. 38. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 2. §. 2. D. Soluto matrimon.*

wenig seine Einwilligung, als daraus eine Begebung des zuständigen Pfandrechts gefolgert werden kann. Er konnte die Veräußerung immerhin geschehen lassen, weil er wußte, daß sein Pfandrecht auf der Sache haftet, und mit derselben auf jeden Besitzer übergehet, folglich der geschehenen Veräußerung ungeachtet fortdauert [41]). Er hatte also keinen Grund, sich derselben zn widersetzen, da die Gesetze in diesem Falle für ihn reden, und ihn der Mühe des Protestirens überheben. Wären aber zum Verkauf öffentliche Anschläge gemacht, und darin alle Pfandgläubiger öffentlich und präclusivisch vorgeladen worden, so schadet denenjenigen ihr Sillschweigen allerdings, die sich nicht gemeldet haben [42]). Denn die Obrigkeit hat das Recht, diejenigen, welche Ansprüche an Grundstücken machen können, zur Sicherheit der Käufer vorzuladen, und man ist schuldig, ihr zu gehorchen. Wer aber ungehorsam ist, mag den Schaden tragen [43]).

b) Wenn

41) *L. 8. §. 15. D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvit.* Non videtur consensisse creditor, si, sciente eo, debitor rem vendiderit: cum ideo passus est venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare. S. Quistorps Abhandl. ob die Unterlassung des Widerspruchs bey der Veräußerung eines unterpfandlich verschriebenen Grundstücks für seine stillschweigende Begebung des zuständigen Pfandrechts angesehen werden könne? (in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien II. Stück Nr. VI. S. 104. ff.) und die gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von Gmelin und Elsäßer 2. Band N. V. S. 52 ff.

42) *L. 6. Cod. de remiss. pignor.*

43) S. Westphals Versuch einer systemat. Erläuterung der sämmtl. röm. Gesetze vom Pfandrecht. 9. Kap. §. 335. Not. 264. S. 343.

b) Wenn von solchen Handlungen die Rede ist, welche eine ausdrückliche Einwilligung oder bestimmte Erklärung erfordern. Bey diesen kann das Stillschweigen auch selbst auf einen geschehenen Antrag nie für eine Einwilligung gehalten werden. So ist z. B. bekannt, daß wenn ein Frauenzimmer auf den ihr gemachten Heyrathsantrag keine Antwort giebt, derselben Stillschweigen als eine abschlägliche Antwort angesehen werde[44]). Es heißt in solchen Fällen nach einem bekannten Sprüchwort: Keine Antwort ist auch eine Antwort[45]). Hätte jedoch der Vater mit Vorwissen der Tochter das Jawort gegeben, so wird das Stillschweigen derselben als ihr Consens[46]) angenommen. So ist ferner zu Bestellung eines gerichtlichen Sachwalters das bloße Stillschweigen desselben nicht hinreichend[47]), wenn nicht noch ein positives Factum, z. B. daß derselbe wissentlich und ohne Widerrede eine auf ihn gestellte gehörig ausgefertigte Vollmacht angenommen, hinzu kommt[48]).

c) Wenn es auf die Aufhebung eines Bilateralcontracts ankommt, so kann das Stillschweigen derjenigen Parthey, welche sich deshalb erklären sollte, ebenfalls für keine stillschweigende Einwilligung gehalten werden, weil hierzu

44) Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts 2. Hptst. §. 8.

45) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern 2. Abth. S. 97. (nach der neuesten Ausgabe Leipzig 1792. 8.)

46) *L. 12. pr. D. de Sponsal. Cap. I. de Desponsat. in 6to.*

47) *L. 8. §. 1. D. de procurat.*

48) *Clem. I. de procurator.*

zu mutuus dissensus schlechterdings erfordert wird[49]), und es überdem hier auf die Begebung eines wechselseitigen Rechts angesehen ist, welche im Zweifel nie vermuthet werden kann[50]).

2) Soll das Stillschweigen für eine Einwilligung erkläret werden, so muß nicht nur eine gesetzliche Verbindlichkeit vorhanden seyn, sich einer präjudicirlichen Handlung zu widersetzen, sondern es muß auch der Schweigende haben widersprechen können. Wenn ich also entweder gar nicht gewußt, daß ein mir nachtheiliges Geschäft vorgehet, oder ich dasselbe wegen meiner Abwesenheit, oder aus andern Ursachen, nicht habe hindern können; so kann aus meinem Schweigen keine Einwilligung oder Billigung dessen, was vorgegangen ist, gefolgert werden[51]). Endlich

3) ist mir mein Stillschweigen nachtheilig, wenn solches nach den Umständen der Sache keine andere vernünftige Auslegung leidet, als diese, daß es aus einer Einwilligung komme. Denn jeder hat die Vermuthung für sich, daß er handle und denke, als ein vernünftiger Mensch. Allein eben diese Vermuthung muß er auch in der Auslegung seiner Handlungen gelten lassen. So wie ein jeder schuldig ist, die Worte, wodurch er seine Gedanken ausdrückt, auch gegen sich nach derjenigen Bedeutung auslegen zu lassen, welche sie im gemeinen Sprachgebrauch bey andern Menschen

49) *L. 1. Cod. quando liceat ab emt. discedere. L. 5. Cod. de Obligat. et actionib.*

50) PUFENDORF T. II. Obs. 86. §. 2. Einen merkwürdigen Rechtsfall hierüber enthält meine oben angeführte Abhandlung §. 4. ff. S. 163. ff.

51) *L. 4. pr. D. de noxal. act. L. 63. D. de re iudicat.*

schen haben, eben so muß auch ein jeder, der ein Mitglied der menschlichen Gesellschaft seyn will, sich gefallen lassen, daß man seine Handlungen nach denjenigen Grundsätzen erklärt, nach welchen alle vernünftige Menschen handeln, daß man diejenigen Bewegungsgründe und Absichten dabey zum Grunde setzt, aus denen solche Handlungen bey andern Menschen gewöhnlicher Weise herfließen, kurz, daß man aus seinen Handlungen, nach der gesunden Vernunft, auf seine Meinung und auf seine Absichten schließt. Wenn man demnach aus jemandes Benehmen bey einer gewissen vorkommenden Gelegenheit vernünftiger Weise nicht anders schließen kann, als daß er sich deswegen so betrage, weil er dasjenige billiget, und genehm hält, was geschiehet; so ist man berechtiget, solche seine Handlung als eine stillschweigende Erklärung seiner Einwilligung anzunehmen. Es kann sich auch Niemand entziehen, eine solche Erklärung seiner Handlung gegen sich gelten zu lassen. Denn wollte er sie nicht gelten lassen, so müßte er ja verlangen, nach andern Grundsätzen, als nach denjenigen, wornach alle vernünftige Menschen handeln, beurtheilt zu werden, und das kann er nicht, so lange er ein Mitglied der menschlichen Gesellschaft seyn will. Es ist also keine bloß willkührliche, sondern eine schon in dem Rechte der Vernunft gegründete Entscheidung der römischen Gesetze, wenn derjenige, welcher wissentlich geschehen lässet, daß ein Dritter für ihn Bürgschaft leistet, oder sich sonst seinen Geschäften unterziehet, wegen seiner stillschweigenden Genehmigung so gut zur Vertretung gehalten seyn soll, als wenn er ihn dazu bevollmächtiget hätte[52].

Ausser

52) *L.* 6. §. 2. *L.* 18. *D. mandat. L.* 60. *D. de Reg. iur.*

Ausser dem Stillschweigen kann auch durch commissiv Handlungen eine stillschweigende Einwilligung zu erkennen gegeben werden. Z. B. wenn ich meinem Schuldner seine Handschrift zurückgebe, so wird dieß als ein stillschweigender Vertrag angesehen, daß ich ihm die Schuld erlassen wolle; er kann sich also, wenn ich ihn belange, mit der Einrede des Vertrags schützen[53]). Der Gläubiger muß in einem solchen Falle jederzeit beweisen, daß dem Schuldner zu einem andern Behuf der Schuldschein eingehändiget worden sey[54]). Ferner wer eine Urkunde, darin seine Sachen von einem andern verpfändet werden, ohne Widerspruch schreibt, oder unterschreibt, dessen Handlung wird als ein Merkmahl seiner Genehmigung angesehen[55]). Eben so hat ein Gläubiger, der sich die Zinsen von seinem Schuldner auf eine gewisse Zeit vorauszahlen läßt, wie **Florentin** sagt[56]), den stillschweigenden Vertrag gemacht, daß er binnen dieser Zeit das Capital nicht fordern will; andere in den Gesetzen vorkommende Beyspiele zu geschweigen.

Der stillschweigende Consens setzt übrigens

1) eine genaue Wissenschaft desjenigen Geschäfts voraus, wovon die Frage ist. Es ist daher z. B. zu einer stillschweigenden Erklärung eines Erben zur Erbschaft (pro herede

53) *L. 2. §. 1. D. de pact.* S. PAGENSTECHER cit. Diss. de pactis tacitis. Th. 6. et 7. besonders DUARENUS ad L. 2. cit. (*Oper.* pag. 47.)

54) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 2. D. cit. n. 4. 5. 6. **Hymmens** Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten VI. Samml. 1. Abschn. S. 105.

55) *L. 26. §. 1. D. de pignor. et hypoth.* VOET in Comm. ad Pandect. Lib. XX. Tit. 2. §. 1.

56) *L. 57. D. h. t.*

herede gestio) nicht genug, daß er solche Handlungen vornimmt, woraus man seine Absicht, daß er Erbe seyn wolle, schließen kann; er muß auch gewiß wissen, wie ihm die Erbschaft zugefallen ist. Nimmt er daher die Erbschaft als nächster Intestaterbe an, weil er von dem Testament, in welchem sie ihm hinterlassen worden, nichts wuste, so ist er aus einer solchen pro herede gestione zu nichts verbunden. Denn seine Erklärung oder Thathandlung wurde durch einen Irrthum veranlaßt [57]).

2) Es muß auch derjenige, aus dessen Handlungen ein stillschweigender Consens gefolgert werden soll, nicht etwa eine entgegen gesetzte Meinung erklärt haben. Wenn daher der Erbe zwar Handlungen vornimmt, woraus sich sonst eine pro herede gestio herleiten läßt, aber dabey ausdrücklich protestirt, daß er die Absicht, die Erbschaft annehmen zu wollen, nicht habe; so kann man nicht behaupten, daß er sich pro herede geirrt hätte [58]).

3) Die Handlungen müssen keine zweydeutige Auslegung zulassen, sondern solche seyn, welche nach Vernunft und Recht nicht anders zu erklären, als daß die Intention, wovon die Rede ist, dabey obgewaltet habe [59]). Läßt sich noch

57) *L. 22. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, *scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat:* veluti agnatus proximus iusto testamento scriptus heres, antequam tabulae proferantur, cum existimaret, intestato patremfamilias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit.

58) MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. IV. Obs. 572. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 542.

59) *L. 2. §. 1. L. 3. 4. 27. §. 9. L. 57. pr. D. et L. 2. Cod. de pact.*

noch eine andere Absicht gedenken, so ist ein jeder, wie von seinen Worten, so auch von seinen Handlungen der beste Ausleger [60]); und man muß im Zweifel diejenige Erklärung vorziehen, welche den Urheber des Factums am wenigsten belästiget [61]). Wenn daher z. B. Kinder ihren verstorbenen Vater begraben lassen, wenn sie ferner, weil sie ihre adventitia zu fordern haben, in dem väterlichen Nachlaß sitzen bleiben, so kann daraus noch nicht gefolgert werden, daß sie des Vaters Erben seyn wollen. Denn ersteres können sie aus kindlicher Liebe, und letzteres bloß custodiae causa gethan haben, um die Verlassenschaft zu ihrer eigenen Sicherheit zu verwahren [62]). Es kann jedoch in zweifelhaften Fällen über die Absicht, so jemand bey einer Handlung gehabt, sowohl von richterlichen Amtswegen der Reinigungseid auferlegt, als von dem andern Theile der Eid darüber: daß er die in Frage stehende Absicht bey seiner Hand-

60) *L. 96. D. de Verb. Significat.* In ambiguis orationibus maxime spectanda sententia eius, qui verb. protulit. Es versteht sich jedoch, daß die von dem Handelnden gemachte Auslegung von seiner Intention nicht der Natur der vorgenommenen Handlungen und den Regeln einer wahren Interpretation zuwider seyn dürfe. Man vergleiche hier vorzüglich NETTELBLADT System. element. iurisprud. positivae Germanor. commun. general. (*Halae* 1781.) §. 243.

61) *L. 9. D. de Reg. iur.* Semper in obscuris, quod minimum est sequimur. S. Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte, Abhandl. III. §. 8. S. 116.

62) *L. 20. pr. et §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered.* Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. (Leipzig 1793. 4.) Bemerk. 4. S. 37. Höpfner Commentar a. a. O.

Handlung nicht gehabt habe, unstreitig zugeschoben werden [63]). Endlich

4) darf auch der stillschweigende Consens nie ultra factum erstreckt, noch weniger aber ad non cogitata ausgedehnt werden, wenn sie nicht wesentliche Folgen von dem sind, worauf die Einwilligung wirklich gerichtet worden [64]). So wie sich also z. B. aus der Zurückgabe des Pfandes an den Schuldner noch nicht gleich eine Erlassung der Schuld selbst folgern lässet, wofern nicht aus andern Umständen erwiesen werden kann, daß dieß des Gläubigers Absicht gewesen [65]); eben so wenig läßt sich eine geschehene Verpfändung der Güter auf Zinsen extendiren, wenn der Schuldner bey Errichtung des Pfandrechts noch zu keinen Zinsen gehalten war, sondern solche nachher erst zu bezahlen sich anheischig gemacht hat [66]).

63) S. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. 1. Abschn. 1. Hptst. §. 4. S. 8.

64) *L. 99. pr. D. de Verb. Obligat.* Weber in den angef. Beyträgen a. a. O.

65) *L. 3. D. h. t. Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 4.

66) *L. 5. §. 1. D. in quib. caus. pign. vel hyp. L. 4. Cod. de usuris.* S. Webers kurze Erörterung der Frage, ob und in wieferne das Pfandrecht sich ausser dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden? §. 12. in den angeführten Beyträgen Nr. III. S. 123. ff.

§. 291.

Gründe der vermutheten Einwilligung.

Was endlich die vermuthete Einwilligung betrifft, so darf ich zuförderst den lächerlichen Widerspruch nicht unbemerkt lassen, welcher in dem Satz des Autors liegt, daß ein Consens, welchen die Gesetze fingiren, auch bey denjenigen angenommen werden könne, die keinen wahren Consens zu erklären, mithin auch durch Einwilligung sich verbindlich zu machen nicht fähig sind. Selbst der Begriff, welchen unser Verfasser an einem andern Orte (§. 140.) von einer rechtlichen Fiction angegeben, hätte ihn erinnern können, daß sich eine Unmöglichkeit rechtlicher Weise nicht fingiren lasse; und wo ist denn ein Gesetz, welches jene Hypothese unterstützt, ohne welches sich doch keine Fiction gedenken läßt? Diejenigen Gesetzstellen, welche unser Verf. für sich anführt, gehören wenigstens nicht hieher. Sie sagen nicht mehr und nicht weniger, als daß in solchen Fällen, wo die Verbindlichkeit ex re entstehet, d. i. von der Einwilligung des Schuldners nicht abhängt, auch sogar ein Rasender, und Pupill ohne Concurrenz des Vormunds vollkommen verbindlich werden könne[67]). Z. B. wenn ich mit einer solchen Person gemeinschaftlich ein Haus besäße,

67) Man sehe z. E. *L. 46. D. de Obligat. et action.* Furiosus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam iudicio communi dividundo obligabuntur. Den richtigen Aufschluß dieser von so vielen mißverstandenen Stelle giebt Herr Prof. Weber in der syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71. S. 296. der neuesten Ausgabe.

besäße, und ich darin nöthige Reparaturen vorgenommen hätte, so muß sie mir die Unkosten zu ihrem Antheil ersetzen. Der natürliche Grund hiervon ist die Billigkeit. Wo stehet denn nun aber, daß hier der Consens desjenigen, welcher auf eine solche Art verbindlich wird, fingiret werde? oder fingiren etwa die Gesetze auch, daß der Pupill ad hunc actum schon mündig, der Wahnsinnige gescheut gewesen [68])? Hiernächst ist es auch eine sehr unschickliche Vermischung zwischen einer rechtlichen Fiction und Präsumtion, wenn unser V. denjenigen Consens einen vermutheten nennt, welchen die Gesetze fingiren [69]). Der consensus fictus ist überhaupt ein Unding [70]). Man wird sich hiervon schon aus dem, was vorhin gesagt worden, überzeugen können. Denn daraus erhellet, daß es in allen den Fällen, wo man den Consens fingiren will, auf die Einwilligung desjenigen gar nicht ankommt, dem die Verbindlichkeit obliegt; und daß auch dieser fingirte Consens bey den sogenannten Quasi-Contracten als ein ganz falscher Grund der Verbindlichkeit angegeben werde, soll noch in der Folge an seinem Orte (§. 308.) gezeigt werden. Eine vermuthete Einwilligung findet also vielmehr in den Fällen statt, wo die erforderliche wirkliche Einwilligung zwar

68) Das Lächerliche dieser Theorie hat schon nach Würden gerügt der gelehrte Herr Prof. Weber in dem vorhin angeführten vortreflichen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24.

69) Den Unterschied zwischen Fiction und Präsumtion habe ich im ersten Theil dieses Commentars §. 40. S. 266. auseinander gesetzt.

70) Man vergleiche Reinhards Sammlung jurist. philosoph. und kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. St. Nr. I. S. 311.

in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist[71]). Die Gründe, aus denen eine solche Einwilligung geschlossen werden kann, sind 1) die bekannte Denkungsart eines Menschen, oder die Regel, die er in seinen Handlungen zu beobachten gewohnt ist; 2) Der Grundsatz: daß ein Jeder dasjenige bewilligen werde, was ihm nützlich ist; 3) Die Regel, wer zu etwas seine Einwilligung gegeben hat, wird auch alles billigen, was aus dem Bewilligten folgt, oder unzertrennlich damit verbunden ist, oder, wie sich andere ausdrücken: Wer den Zweck will, wird vermuthlich auch die Mittel billigen, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann. Zuweilen vermuthen die Gesetze auch die Einwilligung einer Person 4) wegen des Verhältnisses, in welchem man mit derselben stehet. Dieß ist der Fall bey einem vermutheten Auftrage, wovon ich zu seiner Zeit §. 388.) handeln werde.

§. 292.

Ein Vertrag erfordert mehr als eine Person. In wiefern gelten Verträge zwischen Vater und Kindern? Was sind Tractaten und Punctationen?

Ein Vertrag ist ein angenommenes Versprechen. Es werden also wenigstens zwey Personen dazu erfordert: der

71) Ausser der von uns. V. angeführten Abhandlung des Hrn. Geh. Trib. R. Höpfners, sind noch folgende Schriften zu bemerken: *Io. Iac.* QUISTORPII de consensu iuris naturalis praesumto libellus. *Rostochii et Lipsiae* 1755. 8. *et Christph. Frid.* SCHOTT Diss. consensus praesumtus cum quasi-contractibus e iure naturae proscriptus. *Tubing.* 1755. in EIUS *dissertat. iur. naturalis*, Erlangae 1784. edit. Tom. I. Nr. IV. pag. 117. sqq.

der Versprechende, und der, dem versprochen wird. Denn niemand kann mit sich selbst paciscieren. Hieraus folgt, daß nach Römischen Rechte auch zwischen solchen Personen keine Verträge bestehen können, welche vermöge rechtlicher Fiction als eine Person angesehen werden, ich meine, zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen [72]). Zwar kann der filius familias nach Römischen Rechten sich andern Personen dergestalt gültig verbinden, daß schon während der väterlichen Gewalt gegen ihn selbst eine Klage Statt findet [73]). Allein aus einem Vertrage zwischen dem Vater und seinem filiusfamilias kann wegen Einheit der Person keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit entstehen [74]). Es finden jedoch schon in dem Römischen Rechte hiervon Ausnahmen Statt. Hat nämlich der filiusfamilias ein peculium castrense oder quasi castrense, so kann er darüber mit seinem Vater gültig paciscieren [75]). Denn in Ansehung dieser Güter wird er

72) §. 6. *I. de inutil. stipulat.* L. 50. *D. ad SCtum Trebell. Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. VIII. Illat. 6. p. 326.

73) §. 6. *l. cit.* *L. 39. D. de obligat. et action.* *L. 44. D. de pecul.* L. 5. *D. Quod cum eo, qui in alien. potestat.*

74) *Io. Dom.* MARTUCIUS variar. Explanation. iuris Lib. I. c. 34. Daß jedoch eine natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Vater und seinen Kindern auch nach Römischen Rechten Statt finde, erhellet aus der *L. 38. D. de condict. indeb.* S. FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. VIII. pag. 327. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 87. S. 397. und diesen Commentar Th. II. §. 132. S. 203. Not. 2.

75) *L. 2. pr. D. de contrah. emt. vendit.* Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed *de rebus castrensibus* potest. *Io. Flor.* RIVINUS in Diss. de emtione atque uenditione patris et liberorum in potestate eius existentium. *Lipsiae* 1724.

in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist[71]). Die Gründe, aus denen eine solche Einwilligung geschlossen werden kann, sind 1) die bekannte Denkungsart eines Menschen, oder die Regel, die er in seinen Handlungen zu beobachten gewohnt ist; 2) Der Grundsatz: daß ein Jeder dasjenige bewilligen werde, was ihm nützlich ist; 3) Die Regel, wer zu etwas seine Einwilligung gegeben hat, wird auch alles billigen, was aus dem Bewilligten folgt, oder unzertrennlich damit verbunden ist, oder, wie sich andere ausdrücken: Wer den Zweck will, wird vermuthlich auch die Mittel billigen, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann. Zuweilen vermuthen die Gesetze auch die Einwilligung einer Person 4) wegen des Verhältnisses, in welchem man mit derselben stehet. Dieß ist der Fall bey einem vermutheten Auftrage, wovon ich zu seiner Zeit (§. 388.) handeln werde.

§. 292.

Ein Vertrag erfordert mehr als eine Person. In wiefern gelten Verträge zwischen Vater und Kindern? Was sind Tractaten und Punctationen?

Ein Vertrag ist ein angenommenes Versprechen. Es werden also wenigstens zwey Personen dazu erfordert: der

71) Ausser der von unſ. V. angeführten Abhandlung des Hrn. Geh. Trib. R. Höpfners, sind noch folgende Schriften zu bemerken: *Io. Iac.* QUISTORPII de consensu iuris naturalis praesumto libellus. *Rostochii et Lipsiae* 1755. 8. et *Christph. Frid.* SCHOTT Diss. consensus praesumtus cum quasi-contractibus e iure naturae proscriptus. *Tubing.* 1755. in EIUS *dissertat.* *naturalis*, Erlangae 1784. edit. Tom. I. Nr. IV. p

der Versprechende, und der, dem versprochen wird. Denn niemand kann mit sich selbst paciscieren. Hieraus folgt, daß nach Römischen Rechte auch zwischen solchen Personen keine Verträge bestehen können, welche vermöge rechtlicher Fiction als eine Person angesehen werden, ich meine, zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen [72]). Zwar kann der filius familias nach Römischen Rechten sich andern Personen dergestalt gültig verbinden, daß schon während der väterlichen Gewalt gegen ihn selbst eine Klage Statt findet [73]). Allein aus einem Vertrage zwischen dem Vater und seinem filiusfamilias kann wegen Einheit der Person keine bürgerlich vollgültige Verbindlichkeit entstehen [74]). Es finden jedoch schon in dem Römischen Rechte hiervon Ausnahmen Statt. Hat nämlich der filiusfamilias ein peculium castrense oder quasi castrense, so kann er darüber mit seinem Vater gültig pacisciren [75]). Denn in Ansehung dieser Güter wird er

72) §. 6. *I. de inutil. stipulat.* L. 50. *D. ad SCtum Trebell.* *Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. VIII. Illat. 6. p. 326.

73) §. 6. *I. cit.* *L. 39. D. de obligat. et action.* *L. 44. D. de pecul.* L. 5. *D. Quod cum eo, qui in alien. potestat.*

74) *Io. Dom.* MARTUCIUS variar. Explanation. iuris Lib. I. c. 34. Daß jedoch eine natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Vater und seinen Kindern auch nach Römischen Rechten Statt finde, erhellet aus der *L. 38. D. de condict. indeb.* S. FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. VIII. pag. 327. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 87. S. 397. und diesen Commentar Th. II. §. 132. S. 203. Not. 2.

75) L. 2. *pr. D. de contrah. emt. vendit.* Inter patrem et filium contrahi [illegible]io non potest [illegible] *rebus castrensibus* potest. *Io. Flor.* [illegible] in Diss. [illegible] atque [illegible]itione patris et [illegible] [illegible]otestate [illegible]ntium [illegible] 724.

noch eine andere Absicht gedenken, so ist ein jeder, wie von seinen Worten, so auch von seinen Handlungen der beste Ausleger [60]; und man muß im Zweifel diejenige Erklärung vorziehen, welche den Urheber des Factums am wenigsten belästiget [61]). Wenn daher z. B. Kinder ihren verstorbenen Vater begraben lassen, wenn sie ferner, weil sie ihre adventitia zu fordern haben, in dem väterlichen Nachlaß sitzen bleiben, so kann daraus noch nicht gefolgert werden, daß sie des Vaters Erben seyn wollen. Denn ersteres können sie aus kindlicher Liebe, und letzteres bloß custodiae causa gethan haben, um die Verlassenschaft zu ihrer eigenen Sicherheit zu verwahren [62]). Es kann jedoch in zweifelhaften Fällen über die Absicht, so jemand bey einer Handlung gehabt, sowohl von richterlichen Amtswegen der Reinigungseid auferlegt, als von dem andern Theile der Eid darüber: daß er die in Frage stehende Absicht bey seiner Hand-

60) *L. 96. D. de Verb. Significat.* In ambiguis orationibus maxime spectanda sententia eius, qui verb. protulit. Es versteht sich jedoch, daß die von dem Handelnden gemachte Auslegung von seiner Intention nicht der Natur der vorgenommenen Handlungen und den Regeln einer wahren Interpretation zuwider seyn dürfe. Man vergleiche hier vorzüglich NETTELBLADT System. element. iurisprud. positivae Germanor. commun. general. (*Halae* 1781.) §. 243.

61) *L. 9. D. de Reg. iur.* Semper in obscuris, quod minimum est sequimur. S. Webers Beyträge zu der Lehre vom stillschweigenden Conventional-Pfandrechte, Abhandl. III. §. 8. S. 116.

62) *L. 20. pr. et §. 1. D. de acquir. vel omitt. hered.* Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. (Leipzig 1793. 4.) Bemerk. 4. S. 37. Höpfner Commentar a. a. O.

Handlung nicht gehabt habe, unstreitig zugeschoben werden [63]). Endlich

4) darf auch der stillschweigende Consens nie ultra factum erstreckt, noch weniger aber ad non cogitata ausgedehnt werden, wenn sie nicht wesentliche Folgen von dem sind, worauf die Einwilligung wirklich gerichtet worden [64]). So wie sich also z. B. aus der Zurückgabe des Pfandes an den Schuldner noch nicht gleich eine Erlassung der Schuld selbst folgern lässet, wofern nicht aus andern Umständen erwiesen werden kann, daß dieß des Gläubigers Absicht gewesen [65]); eben so wenig läßt sich eine geschehene Verpfändung der Güter auf Zinsen extendiren, wenn der Schuldner bey Errichtung des Pfandrechts noch zu keinen Zinsen gehalten war, sondern solche nachher erst zu bezahlen sich anheischig gemacht hat [66]).

63) S. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. 1. Abschn. 1. Hptst. §. 4. S. 8.

64) *L. 99. pr. D. de Verb. Obligat.* Weber in den angef. Beyträgen a. a. O.

65) *L. 3. D. h. t. Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. 4.

66) *L. 5. §. 1. D. in quib. caus. pign. vel hyp. L. 4. Cod. de usuris.* S. Webers kurze Erörterung der Frage, ob und in wieferne das Pfandrecht sich ausser dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe erstrecke, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden? §. 12. in den angeführten Beyträgen Nr. III. S. 123. ff.

§. 291.

Gründe der vermutheten Einwilligung.

Was endlich die vermuthete Einwilligung betrifft, so darf ich zuförderst den lächerlichen Widerspruch nicht unbemerkt lassen, welcher in dem Satz des Autors liegt, daß ein Consens, welchen die Gesetze fingiren, auch bey denjenigen angenommen werden könne, die keinen wahren Consens zu erklären, mithin auch durch Einwilligung sich verbindlich zu machen nicht fähig sind. Selbst der Begriff, welchen unser Verfasser an einem andern Orte (§. 140.) von einer rechtlichen Fiction angegeben, hätte ihn erinnern können, daß sich eine Unmöglichkeit rechtlicher Weise nicht fingiren lasse; und wo ist denn ein Gesetz, welches jene Hypothese unterstützt, ohne welches sich doch keine Fiction gedenken läßt? Diejenigen Gesetzstellen, welche unser Verf. für sich anführt, gehören wenigstens nicht hieher. Sie sagen nicht mehr und nicht weniger, als daß in solchen Fällen, wo die Verbindlichkeit ex re entstehet, d. i. von der Einwilligung des Schuldners nicht abhängt, auch ogar ein Rasender, und Pupill ohne Concurrenz des Vormunds vollkommen verbindlich werden könne[67]). Z. B. wenn ich mit einer solchen Person gemeinschaftlich ein Haus besäße,

67) Man sehe z. E. *L. 46. D. de Obligat. et action.* Furiosus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit. Nam iudicio communi dividundo obligabuntur. Den richtigen Aufschluß dieser von so vielen mißverstandenen Stelle giebt Herr Prof. Weber in der syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71. S. 296. der neuesten Ausgabe.

besäße, und ich darin nöthige Reparaturen vorgenommen hätte, so muß sie mir die Unkosten zu ihrem Antheil ersetzen. Der natürliche Grund hiervon ist die Billigkeit. Wo stehet denn nun aber, daß hier der Consens desjenigen, welcher auf eine solche Art verbindlich wird, fingiret werde? oder fingiren etwa die Gesetze auch, daß der Pupill ad hunc actum schon mündig, der Wahnsinnige gescheut gewesen[68])? Hiernächst ist es auch eine sehr unschickliche Vermischung zwischen einer rechtlichen Fiction und Präsumtion, wenn unser V. denjenigen Consens einen vermutheten nennt, welchen die Gesetze fingiren[69]). Der consensus fictus ist überhaupt ein Unding[70]). Man wird sich hiervon schon aus dem, was vorhin gesagt worden, überzeugen können. Denn daraus erhellet, daß es in allen den Fällen, wo man den Consens fingiren will, auf die Einwilligung desjenigen gar nicht ankommt, dem die Verbindlichkeit obliegt; und daß auch dieser fingirte Consens bey den sogenannten Quasi-Contracten als ein ganz falscher Grund der Verbindlichkeit angegeben werde, soll noch in der Folge an seinem Orte (§. 308.). gezeigt werden. Eine vermuthete Einwilligung findet also vielmehr in den Fällen statt, wo die erforderliche wirkliche Einwilligung zwar

68) Das Lächerliche dieser Theorie hat schon nach Würden gerügt der gelehrte Herr Prof. Weber in dem vorhin angeführten vortreflichen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24.

69) Den Unterschied zwischen Fiction und Präsumtion habe ich im ersten Theil dieses Commentars §. 40. S. 266. auseinander gesetzt.

70) Man vergleiche Reinhards Sammlung jurist. philosoph. und kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. St. Nr. I. S. 311.

in facto nicht völlig erwiesen, aber doch den Umständen nach wahrscheinlich ist[71]). Die Gründe, aus denen eine solche Einwilligung geschlossen werden kann, sind 1) die bekannte Denkungsart eines Menschen, oder die Regel, die er in seinen Handlungen zu beobachten gewohnt ist; 2) Der Grundsatz: daß ein Jeder dasjenige bewilligen werde, was ihm nützlich ist; 3) Die Regel, wer zu etwas seine Einwilligung gegeben hat, wird auch alles billigen, was aus dem Bewilligten folgt, oder unzertrennlich damit verbunden ist, oder, wie sich andere ausdrücken: Wer den Zweck will, wird vermuthlich auch die Mittel billigen, ohne welche der Zweck nicht erreicht werden kann. Zuweilen vermuthen die Gesetze auch die Einwilligung einer Person 4) wegen des Verhältnisses, in welchem man mit derselben stehet. Dieß ist der Fall bey einem vermutheten Auftrage, wovon ich zu seiner Zeit §. 388.) handeln werde.

§. 292.

Ein Vertrag erfordert mehr als eine Person. In wiefern gelten Verträge zwischen Vater und Kindern? Was sind Tractaten und Punctationen?

Ein Vertrag ist ein angenommenes Versprechen. Es werden also wenigstens zwey Personen dazu erfordert: der

71) Ausser der von uns. V. angeführten Abhandlung des Hrn. Geh. Trib. R. Höpfners, sind noch folgende Schriften zu bemerken: *Io. Iac.* QUISTORPII de consensu iuris naturalis praesumto libellus. *Rostochii et Lipsiae* 1755. 8. *et Christph. Frid.* SCHOTT Diss. consensus praesumtus cum quasi-contractibus e iure naturae proscriptus. *Tubing.* 1755. in EIUS *dissertat. iur. naturalis*, Erlangae 1784. edit. Tom. I. Nr. IV. pag. 117. sqq.

der Versprechende, und der, dem versprochen wird. Denn niemand kann mit sich selbst paciseiren. Hieraus folgt, daß nach Römischen Rechte auch zwischen solchen Personen keine Verträge bestehen können, welche vermöge rechtlicher Fiction als eine Person angesehen werden, ich meine, zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen[72]. Zwar kann der filius familias nach Römischen Rechten sich andern Personen dergestalt gültig verbinden, daß schon während der väterlichen Gewalt gegen ihn selbst eine Klage Statt findet[73]. Allein aus einem Vertrage zwischen dem Vater und seinem filiusfamilias kann wegen Einheit der Person keine bürgerlich-vollgültige Verbindlichkeit entstehen[74]. Es finden jedoch schon in dem Römischen Rechte hiervon Ausnahmen Statt. Hat nämlich der filiusfamilias ein peculium castrense oder quasi castrense, so kann er darüber mit seinem Vater gültig paciseiren[75]. Denn in Ansehung dieser Güter wird er

72) §. 6. *I. de inutil. stipulat.* L. 50. *D. ad SCtum Trebell. Ant.* FABER in Iurisprud. Papinianea Tit. VIII. Illat. 6. p. 326.

73) §. 6. *I. cit.* *L. 39. D. de obligat. et action. L. 44. D. de pecul. L. 5. D. Quod cum eo, qui in alien. potestat.*

74) *Io. Dom.* MARTUCIUS variar. Explanation. iuris Lib. I. c. 34. Daß jedoch eine natürliche Verbindlichkeit zwischen dem Vater und seinen Kindern auch nach Römischen Rechten Statt finde, erhellet aus der *L. 38. D. de condict. indeb.* S. FABER in Iurisprud. Papinian. Tit. VIII. pag. 327. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 87. S. 397. und diesen Commentar Th. II. §. 132. S. 203. Not. 2.

75) *L. 2. pr. D. de contrah. emt. vendit.* Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed *de rebus castrensibus* potest. *Io. Flor.* RIVINUS in Diss. de emtione atque uenditione patris et liberorum in potestate eius existentium. *Lipsiae* 1724.

wie ein paterfamilias angesehen. Ob in Absicht auf das peculium adventitium extraordinarium ein gleiches zu behaupten sey, ist zweifelhaft. Die meisten Rechtsgelehrten [76]) glauben dieses aus dem Grunde, weil dem Haussohne über ein solches peculium die freye Disposition unter den Lebendigen so gut als über das castrensische Sondergut zustehet [77]). Allein andere halten demohngeachtet die Verträge zwischen Vater und Sohn über das peculium adventitium irregulare für ungültig [78]). Soviel ist gewiß, daß wenn der Vater seinen Kindern die Früchte ihres peculii adventitii ordinarii überläßt, die Schenkung selbst nach Röm. Rechte gültig sey [79]), und daß zwischen emancipirten Kindern und dem Vater, desgleichen zwischen Kindern und der Mutter gültige Verträge geschlossen werden können, ist vollends ausser allem Zweifel [80]). Ob übrigens jene Grundsätze des Röm. Rechts noch heutiges Tages anwendbar sind, ist unter den neuern Rechtsgelehrten streitig. Ich

76) HAHN ad Wesenbecium h. t. Nr. V. in fin. VINNIUS ad §. 6. I. de inutil. stipulat. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. VI. Th. 42. BOECKELMANN Exercitat. ad Pandect. h. t. §. 18. in fin. RENZ D. de mixtura iur. Rom. et Germ. in mater. de patr. potestat. §. 20. TITIUS in Diss. de contractibus patris et liberor. in potestate eius existentium §. 39. sqq. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 589. u. a. m.

77) *Nov. CXVII. cap. 1. §. 1.*

78) LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 44. FABER in Rational. ad L. 2. D. de contrah. emt. vendit. und Ludw. Fried. Griesinger im Commentar über das Herzogl. Wirtembergische Landrecht IV. Band S. 1125. f.

79) *L. 6. §. 2. Cod. de bon. quae liber.*

80) MADIHN Princip. iur. Rom. P. V. §. 16.

Ich bin noch immer der verneinenden Meinung, die ich an einem andern Orte dieses Commentars[81]) vertheidiget habe, und wundere mich sehr, wie unser Verf. des oben (§. 138.) vorgetragenen Grundsatzes: *unitas personae inter filium et patrem hodie cessat simul cum iuribus ex unitate profluentibus*, hier so ganz uneingedenk habe seyn können.

Aus dem Begriff eines Vertrags ergiebt sich weiter, daß bloße Vorschläge und Anerbietungen, die auf Schliessung eines Vertrags abzwecken, von dem andern aber, dem sie geschehen, noch nicht angenommen worden, noch kein Vertrag sind. Man nennt vielmehr dergleichen Unterhandlungen bloße Tractaten, und sie sind unverbindlich, weil die Annehmung von der andern Seite fehlt, mithin noch keine wechselseitige übereinstimmende Einwilligung vorhanden ist, wenn gleich der Gegenstand derselben dem andern schon vorläufig in der Hofnung, daß der Vertrag noch zu Stande kommen werde, wäre eingehändiget worden[82]). Man vermische jedoch damit nicht die vorbereitenden Verträge künftiger Contracte, z. B. pactum de mutuo dando, wenn mir Jemand versprochen hat, ein Darlehn zu geben[83]). Denn wenn gleich solche Verträge nach dem Röm. Rechte noch als bloße unverbindliche Unterhandlungen angesehen werden, so lange der von beyden

81) Th. 2. §. 138. S. 236. f.

82) *Io. Ge.* BREMEN Diss. de Tractatibus von Handlungsvorschlägen. Ien. 1681. Th. 4. Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Th. §. 5.

83) *Mich.* GRASSI Diss. de pacto futuri contractus praeparatorio. *Tubingae* 1688.

Seiten getroffenen Verabredung dasjenige noch nicht hinzugekommen ist, was als das Zeichen des vollkommenen Contracts erfordert wurde, z. B. die Uebergabe bey einem Real-Contract[84]), so ist es doch nach heutigen Rechten ausgemacht, daß jeder Vertrag, mit einem andern einen Contract eingehen zu wollen, verbindlich sey, wenn die Punkte des künftig einzugehenden Contracts bestimmt genug sind[85]); weil ein bloßer Vertrag heutiges Tages die nämlichen Wirkungen hat, welche bey den Römern die Stipulation hatte[86]). Aus solchen präparatorischen Verträgen kann also auf die Erfüllung des Versprechens durch völlige Berichtigung des Contracts, und, wo diese nicht zu erhalten wäre, auf Ersetzung alles durch diese Treubrüchigkeit verursachten Schadens geklagt werden[87]).

Mit

84) *L.* 3. *God. de rer. permutat.*

85) *Io. Iac. de* LIER D. pactum praeparatorium actionem producens et non producens, *Altorf.* 1716. *Aug. Gottl.* PETERMANN Disp. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus. *Lipsiae* 1730. WERNHER Select. Observat. for. T. I. P. III. Obs. 97. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXXIX. med. 6. et 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 763. Nr. 5. Griesinger im Commentar über das Wirtembergische Landrecht 1. Band §. 6. S. 11. f.

86) Daß nach dem Röm. Recht eine Stipulatio de mutuo dando, de permutando u. d. den Versprecher verbindlich machte, und eine Klage gegen ihn bewirkte, beweisen *L. 68. D. de Verb. obligat. L 3. Cod. de rer. permutat.*

87) COCCEJI Ius. civ. controv. h. t. Qu. 11. Claproth in der angef. Rechtswissenschaft §. 5. S. 9. In einem solchen Falle ist *actio ex pacto de mutuo contrahendo, de commodando* u. s. w. anzustellen. C. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. II. cap. VII. §. 8. Schmids Commentar über seines Vaters Lehrbuch von

Kla-

Mit bloßen Tractaten ist ferner der erste vorläufige Entwurf eines Contracts, oder die Punctation nicht zu verwechseln[88]. Diese enthält die wesentlich verabredeten Puncte, woraus hernach ein förmlicher Contract verfaßt werden soll. Ist dieselbe mit der Partheyen Unterschrift versehen, und gründet sie sich auf eine nach allen Erfordernissen abgeschlossene Verabredung, so dient dieselbe nicht nur zum Beweiß, sondern sie ist auch verbindlich[89], und kann nicht anders davon abgewichen werden, als wenn ausdrücklich verabredet ist, daß ehe der Contract nicht ins Reine gebracht worden, kein Theil daran gebunden seyn solle[90].

§. 293.

Klagen 3. Th. §. 763. Anderer Meinung, wiewohl ohne genugsamen Grund, sind jedoch LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 68. GRASSUS cit. Disputat. §. 33. sqq. MADIHN in Princip. iur. Rom. P. I. §. 84.

88) *Pet.* MÜLLERI Diss. de Minuta vulgo von Punktationen. *Ienae* 1690. *Henr.* HILDEBRANDI Diss. de punctationibus vulgo von Entwürfen oder ersten Aufsätzen *Altdorf.* 1699.

89) Klaproth a. a. O. Hiermit stimmt auch das allgemeine Preußische Gesetzbuch 1. Th. 5. Tit. §. 120. u. 121. überein, wo es heißt: „Eine von beyden Theilen unterschriebene Punctation, aus welcher die gegenseitige Einwilligung derselben in alle wesentliche Bedienungen des Geschäfts erhellet, ist mit einem förmlichen Contract von gleicher Gültigkeit. Es kann also auf Erfüllung derselben geklagt werden."

90) *L.* 17. *Cod. de fide instrum.* STRYK de cautelis contract. Sect. I. cap. 6. §. 1. giebt zwar den Rath, man solle die Clausel beyfügen: Und soll diese Punctation so lange, bis ein solennes Instrument zu Papier gebracht, *ad instar plenissimi contractus ad agendum vel excipiendum* völlige

§. 293—295.

I) Vom Betruge bey Verträgen. a) Begriff und verschiedene Eintheilungen des Dolus.

Ein Vertrag erfordert die wechselseitige Einwilligung der Paciscenten. Diese muß frey, also nicht durch Betrug, Irrthum, Furcht oder Gewalt veranlaßt worden seyn. Denn was die freie Entschliessung hindert, stehet auch der Gültigkeit des Vertrages entgegen. Wie aber, wenn ein Betrug bey einem Vertrage vorgegangen wäre, was hat dieser für Folgen? Um diese Frage gründlich zu entscheiden, ist es nöthig, zuförderst den Begriff und die verschiedenen Eintheilungen des Betrugs zu entwickeln. Hier ist vor allen Dingen zu bemerken, daß das teutsche Wort Betrug mit dem lateinischen Wort *dolus* nicht einerley bedeute. Man denke z. B. an den dolus bey Verbrechen. Wer wollte es wohl einen Betrug nennen, wenn einer den andern ermordet oder bestohlen hätte? Hier heißt dolus der Vorsatz, ein Strafgesetz zu übertreten. Von diesem dolus ist der Betrug bey Verträgen ganz verschieden[91]). Dieser ist jederzeit mit einer Simulation verbunden. Denn wer seinen Mitcontrahenten bey einem Vertrag hintergeht, verbirgt demselben stets die wahre Beschaffenheit der Sache,

lige Kraft und Wirkung haben. Allein dieß verstehet sich von selbst. Eine bessere Cautel giebt Claproth a. a. O. Not. c. S. 11.

91) Man vergleiche hier Braun vom Betruge in Verträgen, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1752. Nr. V. und Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, in den gemeinnützigen iurist. Beobachtungen und Rechtsfällen II. Band Nr. 13.

Sache und sucht ihn durch Verstellung und Erdichtung falscher Umstände auf seine Seite zu ziehen. Bald legt er einer Sache, welcher er gern loß werden möchte, Eigenschaften bey, die sie nicht hat, oder verbirgt die Mängel und Gebrechen, die sie an sich trägt, sorgfältig, und denkt nicht daran, den andern, der auf die Vollkommenheit derselben rechnet, ohngeachtet er dessen Irrthum weiß, davon zu benachrichtigen. Bald aber, um einer Sache, auf welche er sein Auge geworfen hat, habhaft zu werden, weiß er durch seine Kunstgriffe den Besitzer nach seinen Absichten zu stimmen, und dessen Gemüth durch die rege gemachte Hofnung eines zu erwartenden Vortheils, oder Furcht eines bevorstehenden Schadens in die Lage zu versetzen, die er haben will. In Beziehung auf Verträge hat daher unser Verf. den Dolus ganz richtig definirt, wenn er sagt: *Est propositum alicui sub fictitiis bonorum vel malorum repraesentationibus damnum inferendi.* Hier ist also Betrug die vorsetzliche Erweckung oder Unterhaltung einer unrichtigen Vorstellung bey einem andern, um ihn zu einem nachtheiligen Entschluß zu bestimmen. Da also nicht aller Dolus, sondern nur vorzüglich der Betrug bey Verträgen sich durch Verstellung äußert, so ergiebt sich hieraus, daß der letztere nur eine Gattung vom Dolus sey. Was heißt nun aber *Dolus* überhaupt[82])? Im weitläuftigen Verstande

82) *Pet. Velez. de* GUEVARRA Tr. de definitione doli mali. *Salmant.* 1569. *Ge.* NOODT de forma emendandi doli mali, in contrahendis negotiis admissi, apud veteres, liber. und besonders *Christ. Guil.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque, quod interest, ratione, praestandi, *Lipsiae* 1795. 8. Cap. II. §. 4. pag. 27. sqq.

stande wird der Vorsatz, einem andern zu schaden, oder eigentlich jede Handlung, wodurch man dem andern wissentlich schadet, Dolus genennt, auch in dieser Bedeutung kann der dolus entweder *bonus* oder *malus* seyn, je nachdem man dadurch entweder einen erlaubten oder unerlaubten Endzweck zu erreichen sucht. So z. B. ist es eine erlaubte Verstellung, wenn man dadurch von seinem Schuldner, dem der Concurs bevorstehet, seine rechtmäßige Forderung, obwohl nicht ohne Nachtheil anderer vorzüglicher Gläubiger, zu erhalten [93]) oder seine Sache um einen höhern Preis, als sie werth ist, an den Mann zu bringen gesucht hat, wenn nur in diesem letztern Falle das Verhältniß zwischen dem Preiß und dem Werth der Sache nicht so ungleich ist, daß eine Verletzung über die Hälfte daraus entstehet [94]). Auf diesen dolus bonus beziehen sich unstreitig die Worte Ulpians, wenn dieser [95]) sagt: Posse et *sine dolo malo* aliud agi, aliud simulari, sicut faciunt, *qui per eiusmodi dissimulationem deserviunt et tuentur vel sua vel aliena*, denn bald nachher [96]) gedenkt er dieses Dolus namentlich, und bemerkt dabey, daß die Alten darunter eine erlaubte Klug-

93) *Sibi enim vigilavit creditor*, sagt Ulpian *L. 6. §. 7. D. Quae in fraud. creditor.*

94) Daher sagen die Gesetze: in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire usque ad dimidium. *L. 16. §. pen. D. de Minor. XXV. ann. L. 22. §. ult. D. Locati. L. 8. Cod. de Rescind. vendit.* Beyspiele vom dolus bonus geben CICERO de offic. Lib. III. c. 12. und LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LIX. medit. 1. et 2.

95) *L. 1. §. 2. D. de dolo malo.*

96) §. 3. *cit. L.*

Klugheit (*Solertiam*) verstanden hätten [97]). Soviel nun den dolus malus betrift, so kann dieser entweder ein wahrer (dolus verus) oder ein vermutheter (dolus praesumtus) seyn. So z. B. vermuthen die Gesetze bey dem Vormunde einen Dolus, wenn derselbe nicht gleich nach übernommener Vormundschaft zur Erreichung eines Inventariums schreitet [98]). Eben so wird bey einer jeden an sich unerlaubten Handlung die böse Absicht vermuthet, wenn nicht ihr Urheber eine scheinbare unschuldige Ursache davon angeben kann [99]). Daß jedoch diese Vermuthung zum

97) *Ev.* OTTO Diss. de dolo bono ad L. 1. §. 3. D. de dolo mal. (EJ *Dissertat.* Nr. 10.) *Io. Christ.* WINTER Diss. de eo quod iustum est circa dolum bonum. *Helmst.* 1716.

98) *L. 7. pr. de admin. et peric. tutor.* Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo *Inventarium* appellatur, *dolo fecisse videtur*, nisi forte aliqua necessaria vel iustissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Mehrere Beyspiele geben *L. 36. D. de Pecul. L. 8. §. 9.* et *L. 44. D. Mandati* (über welches letztere Gesetz KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. cap. 10. §. 1. nachzusehen.) *Cap. 2. X. de Deposito.* Ganz ohne Grund verwerfen daher diese Eintheilung WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disp. XIII. §. 29. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad XI. §. 7. und DOMPIERRE *de* JONQUIERES in Specim. de Restitutionibus in integrum Tit. 3. §. 8. Aus der blosen Unterlassung einer Pflicht, läßt sich jedoch im Zweifel ohne besondere gesetzliche Verordnung ein Dolus nie, sondern nur Nachläßigkeit, präsumiren. S. WEHRN c. l. pag. 28. und *Matth.* STEIN D. de dolo praesumto in rebus per se licitis. *Rost.* 1712.

99) *L. 1. C. ad Leg. Corn. de Sicar. L. 5. Cod. de iniur.* Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 34. Bey Handlungen, die an sich erlaubt sind, läßt sich kein Dolus

zum Erkenntniß einer peinlichen Strafe nicht genüge, versteht sich von selbst [100].) Der wahre Dolus ist entweder *dolus ex proposito* sive *personalis*, wenn ich gleich Anfangs und schon vor unternommener Handlung wußte, daß sie dem andern schädlich seyn würde, und solche in der Absicht unternommen habe, um dem andern dadurch zu schaden [1]); oder *dolus ex re* sive *realis*, wenn ich erst nach unternommener Handlung erfahre, daß ich dem andern dadurch geschadet habe, gleichwohl aber diese unbillige Verletzung abzustellen mich weigere [2]). Ersterer ist wieder von zweyerley Art. Er äussert

lus vermuthen, sondern muß von demjenigen, welcher ihn behauptet, erwiesen werden. *L. 18. §. 1. D. de probat.* Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet. Add. *L. 6. C. de dolo.* Sehr ausführlich hat hiervon MASCARDUS de Probationibus Vol. II. Conclus. 532. gehandelt.

100) Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 22. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundwahrheiten des peinl. Rechts 1. Th. §. 25.

1) Auf diesen dolus ex proposito paßt eigentlich nur die Definition des Labeo *L. 1. §. 2. D. de dolo*, wo es heißt: *Dolum malum* esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Ueber diesen Begriff ist viel gestritten. Vergleiche HOTTOMANNUS Observat. Lib. I. c. 10. BACHOVIUS ad τα πρῶτα tit. de dolo mal. n. 2. HUBER Digress. iur. Iustin. Lib. III. c. 25. DOMPIERRE c. l. T. 3. §. 5.

2) *L. 7. §. 11. D. de pact.* Sive autem ab initio dolo malo pactum factum est, sive *post pactum* dolo malo aliquid factum est, nocebit exceptio. Siehe über diese Stelle die Sammlung der Röm. Gesetze S. 26. und KOEHLER Interpret. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. V. §. 4. pag. 37. Ein Beispiel

äussert sich entweder mit oder ohne Verstellung. Im ersteren Falle wird der Dolus ein heimlicher (dolus clandestinus) im andern aber ein öffentlicher (dolus manifestus) genennt [3]. Ersterer ist der gewöhnliche Betrug bey Verträgen [4], letzterer aber der gewöhnliche Dolus bey Verbrechen [5]. Der Betrug bey Verträgen ist entweder

spiel giebt *L.* 1. §. *ult. D. Depos.* Vergleiche auch *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Consil. LXVII. n. 16. pag. 233. Zuweilen wird auch *dolus ex re* genennt, wenn man von dem andern wissentlich etwas verlangt, was gegen Recht und Billigkeit ist. Dolo enim facit, sagt *L.* 2. §. 5. *D. de doli mali et met. except.* quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Add. *Cap.* 59. *de Reg. iur. in Vlto.* S. WEHRN cit. loc. §. 4. pag. 32. not. 50.

3) Auf diese Eintheilung beziehen sich die Worte Ulpians *L.* 1. §. 2. *D. de dolo:* Posse et *sine simulatione* id agi, ut quis circumveniatur. S. *Io. Hartw.* REUTERI Diss. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu, praes. NETTELBLADT. *Halae* 1744. defensa §. 5. u. 8.

4) Daher sagt Pedius beym Ulpian *L.* 7. §. 9. *D. h. t.* ein Vertrag sey betrügerisch, wenn man in der Absicht, den andern zu vervortheilen, ihn etwas glauben macht, was falsch ist, (*quoties, circumscribendi alterius causa, aliud agitur, et aliud agi simulatur*) Ein treffendes Beispiel hiervon erzählt CICERO de Offic. Lib III. c. 14.

5) Zuweilen kann jedoch auch der dolus bey Verbrechen mit Simulation verbunden seyn. Man denke hier an den heimtückischen, verrätherischen Mord (homicidium proditorium) welcher hinterlistig durch versteckte und betrügerische Mittel, ja wohl gar unter dem Schein der Freundschaft verübt wird. Man denke ferner an die verschiedenen Arten des criminis falsi.

der *dolus causam dans*, wenn derselbe den Grund von dem ganzen Vertrag enthält, so daß ohne denselben der Vertrag gar nicht wäre geschlossen worden, oder *dolus incidens*, wenn selbiger nur die gegenwärtige Modification des Vertrags veranlaßt hat, so daß zwar der Betrogene dennoch würde contrahirt haben, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, aber nur nicht auf die Weise, wie der Vertrag nun des Betrugs wegen abgeschlossen worden ist [6]). Z. B. ich würde eine gewisse Sache auf jeden Fall gekauft haben, allein das betrügerische Vorgeben des Verkäufers, das dieselbe eine besondere Eigenschaft habe, verleitete mich, einen höhern Kaufpreis dafür zu bezahlen. Verschiedene Rechtsgelehrte wollen zwar mit **Gerhard Noodt** [7]) diese Eintheilung verwerfen, und es für einerley halten, ob der Betrug zur Eingehung eines Vertrags die

6) Man vergleiche hier vorzüglich Nettelbladts angeführte Dissertation §. XIII. ff. Die meisten ältern Rechtsgelehrten vor Nettelbladt haben den Begriff vom dolo causam dante in zu enge Gränzen eingeschlossen, wenn sie dazu erfordern, daß einer, der nicht die Absicht hatte, einen Vertrag einzugehen, durch listige Ueberredungen dazu müsse verleitet worden seyn. Man sehe nur die Beschreibungen Kurrers in Diss. de dolo causam dante und Hubers in Praelect. iur. civ. T. II. Lib. IV. Tit. 3. Digestor. §. 4. Allein daß es Fälle geben könne, wo auch ein Contrahent, der den andern zur Schließung des Vertrags nicht verführt, sondern bey dem ganzen Handel nur die Rolle des Verschwiegenen gespielt hat, sich eines doli causam dantis schuldig machen könne, hat Gmelin in der oben angeführten schönen Abhandlung von den Folgen des Betrugs bey Verträgen §. 90. gezeigt, und §. 96. mit einem merkwürdigen Beyspiel erläutert.

7) de forma emend. doli mali cap. 3. et 7. sqq.

die Veranlassung gebe, oder nur bey Gelegenheit desselben begangen werde, weil in dem einen, wie in dem andern Falle, der Vertrag nichtig sey [8]). Allein wenn gleich die gebrauchte Terminologie eine doctrinelle Erfindung ist, so ist doch die Eintheilung selbst in den Gesetzen allerdings gegründet, wie unser Verfasser in der Not. k. sehr richtig bemerkt hat [9]). Die Worte der daselbst angeführten *L.* 7. *pr. D. de dolo:* nullam esse venditionem, si *in hoc ipso, ut venderet*, circumscriptus est, geben den Begriff vom dolus causam dans so deutlich an, daß Noodt, um die Schwierigkeit zu heben, sich nicht anders, als durch den sinnreichen Einfall, zu helfen weiß, daß jene Worte nicht vom Ulpian, sondern ein unächter Zusatz eines unverständigen Glossators wären [10]). Man kann ihm aber bey der genauen Uebereinstimmung der Leseart in allen Ausgaben und Handschriften der Pandecten [11]) und bey der völlig

 gleich-

8) *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Digestor. Lib IV. Tit 3. §. 4. *Ioan.* WOLBERS Observation. decad. (*Groening.* 1736 4.) Cap. 4. et 5. (adj. *Pet. de* TOULLIEU *Collectan.*) DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Restitutionibus in integrum Tit. 3, §. 23. sqq. GUNDLING in Protis Digestor. lib. IV. Tit. 3. §. 4. sqq. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. II. cap. XI §. 38. Braun in der Abh. vom Betrug in Verträgen S. 39. f. *Burch. Christ.* BEHR Diss. de actione doli mali §. 8. Claproth in der Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge §. 6. S. 14.

9) S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 474.

10) S. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 14. und de form. emend. doli mal. cap. 14.

11) Noodt kann selbst nicht läugnen, daß die Worte, welche er als ein Glossem wegstreichen will, in den Florentinischen

gleichlautenden griechischen Uebersetzung dieser Stelle in den Basiliken [12]) um so weniger hierin beystimmen, als wirklich bey richtiger Erklärung derselben, nicht wohl einzusehen ist, warum die angeführten Worte mit dem Ganzen keinen Zusammenhang haben, sondern den Sinn **Ulpians** entstellen sollten. Man betrachte nur die Stelle in ihrem ganzen Zusammenhange. Sie lautet so: Et eleganter POMPONIUS haec verba: *Si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod IULIANUS libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque, consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit: aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere. **Ulpian** bemerkt hier bey den Worten des Edicts de dolo malo: *Si alia actio non sit, iudi-*

schen **Pandecten** gelesen werden, und auch in den besten Ausgaben des **Hugo a Porta**, **Blaublommius**, **Vintimillius**, **Robert Stephanus**, **Russardus**, **Charondas**, und **Petrus** *ab Area Baudoza* stehen sie ebenfalls.

12) In den *Basilicis* Lib. X. Tit. 3. Tom. I. pag. 599. lauten die Worte folgendermaßen: *ἢ ἄκυρός ἐστιν ἡ πρᾶσις, ἐὰν εἰς αὐτὸ τὸ πωλῆσαι γέγονεν ὁ δόλος*; d. i. nach der **Fabrotischen** Uebersetzung: aut irrita est venditio, si in hoc ipso, ut venderet, dolus adhibitus sit.

iudicium dabo, daß **Pomponius** solche zwar ganz richtig so verstehe, wenn zur Erhaltung der Sache demjenigen, welchem sie gehört, kein anderes Rechtsmittel übrig ist, dann könne sich derselbe der actionis de dolo bedienen; es sey jedoch diese Erklärung nicht ausser allem Zweifel. Denn es scheine ihr entgegen zu stehen, wenn **Julian** schreibt, ein Minderjähriger, der durch listige Ueberredung seines Sklavens wäre verleitet worden, diesen mit dem Pekulium zu verkaufen, könne, wenn ihn der Käufer freygelassen hätte, auch gegen den Freygelassenen die actionem de dolo anstellen. Daraus könnte man schliessen, daß nach **Julians** Meinung dem Betrogenen die actio doli zustehe, wenn er gleich durch eine andere Klage das Seinige erhalten könne. Denn entweder hat der Käufer an dem Betruge des Sklavens Antheil genommen, oder nicht. Im erstern Falle kann ja die actio venditi gegen den Käufer angestellet werden; im andern Falle aber könnte der Verkäufer seiner Minderjährigkeit wegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen. **Ulpian** begegnet nun diesem Zweifel auf folgende Art. **Julian**, sagt er, setzt den Fall voraus, daß der Käufer von dem Betruge des Sklavens nichts gewußt hat. Denn wäre der Käufer ebenfalls in dolo, so würde freylich die actio venditi wider denselben angestellet werden müssen[13]; oder, eigentlich zu reden, der Kauf ipso iure null und nichtig seyn[14]), wenn dieser Dolus den Grund vom

13) Schon **Accursius** hat angemerkt, daß die Worte: *ut ex emto teneri non possit*, von der actione venditi zu verstehen sind.

14) Diese Erklärung bestätigen die *Basilica* a. a. O. wo es nach der Fabrottischen Uebersetzung heißt: *Nam si dolo non careat emtor*

vom ganzen Contract enthalten sollte [15]). Gilt nun der Kauf in diesem Falle nicht, so ist auch die Manumißion ungültig [16]). Es kann also hier die actio doli gegen den Freygelassenen auf keine Weise Statt finden. Wäre hingegen der Käufer des Sklavens an dem Betruge desselben unschuldig, so ist der Kauf an sich gültig, und gegen den Käu-

emtor, tenetur actione ex emto; aut irrita est venditio etc. Nach den Worten: *aut nullam esse venditionem*, ist also das Wort *dicemus* in Gedanken zu ergänzen, welches auch in der *L.* 12. §. 9 *D. Mandati* und in mehreren andern Stellen weggelassen, und der Infinitivus allein gesetzt worden. wie *Io.* CANNEGIETER ad Ulpian. pag. 112. et 139. bemerkt. Siehe auch *Pet. ab* AREA BAUDOZA, RUSSARDUS und CHARONDAS ad L. 7. cit.

15) Verschiedene Rechtsgelehrte, welche zwar die Worte: *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*, für kein Glossem halten, glauben wenigstens, daß solche ohne Emendation nicht bestehen könnten. JENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. pag. 22. will daher statt AUT vielmehr *haut* oder *haud* lesen, und die Worte so erklären, Julian habe also keinen solchen Fall vorausgesetzt, wo der Verkauf des Betrugs wegen ipso iure nichtig ist. WOLBERS in Observat. cap. 5. pag. 25. hingegen streicht das *aut* ganz weg, und lieset statt si in hoc ipso, ut venderet, vielmehr *si ab hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*. Allein alle diese Emendationen sind unnütz. Man sehe vorzüglich *Io. Bern.* KOEHLERI Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. Cap. 5. §. 8. pag. 45. sqq.

16) So CUJACIUS ad L. 7. WISSENBACH Exercit. ad Pandect. Disputat XIII. § 34. p. 108. und POTHIER in Pandectis Iustinian. T. I. Tit. de dolo malo nr. XII. Not. a. b. et c. pag. 136. Anderer Meinung ist jedoch *Ant.* FABER in Rational. ad Pandect. h. L. T. I. pag. 472.

Käufer findet gar keine Klage Statt. Es kann aber auch in diesem Falle gegen den Freygelassenen keine andere Klage, als die actio de dolo, angestellet werden; denn, daß der Verkäufer minderjährig ist, kommt hier nicht in Betrachtung, weil gegen eine gültig geschehene Freylassung kein Wiedereinsetzungsgesuch in den vorigen Stand rechtliches Gehör findet. Julians Meinung sey also der Erklärung des Pomponius auf keine Weise entgegen. So wie nun dieses Gesetz den Begriff und die Wirkung des doli causam dantis ausser allen Zweifel setzt, so fehlt es auch nicht an Gesetzen, welche die Idee und Wirkung eines sogenannten doli incidentis angeben. So heißt es z. B. in der *L.* 13. §. 4. *D. de actione emti venditi*: Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, emti eum iudicio teneri, ut praestaret emtori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel ab eo artificio instructus. Hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo der Dolus des Verkäufers nicht zu dem Kauf selbst, sondern nur zu der gegenwärtigen Modification desselben Anlaß gegeben hatte, und die Klage, die deshalb dem Käufer gegeben wird, gehet nicht auf Annullation des ganzen Kaufs[17]).

§. 296.

b) Von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen.

Wenn nun die Frage entstehet, was der Betrug bey Verträgen für Folgen habe? so ist vor allen Dingen darauf zu sehen, ob ein Contrahent den andern hintergangen, oder ob ein

17) Nettelbladt in der angeführten Dissertation §. 17. p. 22

ein Dritter den Betrug gespielet habe. Im erstern Falle sind entweder von beyden Seiten Betrügereyen vorgefallen, oder nur der eine Mitcontrahent allein ist Urheber von dem beym Vertrage gespielten Betrug. In jenem Falle hebt sich die gegenseitige Verbindlichkeit durch Compensation dergestalt, daß keiner von beyden gegen den andern klagen kann [18]). Ist also der Vertrag noch nicht vollzogen, so kann kein Contrahent gegen den andern auf Erfüllung desselben klagen [19]); ist hingegen der Handel von beiden Seiten schon erfüllet, so kann keiner von dem andern wegen des Betrugs Entschädigung verlangen [20]). Den Grund hiervon giebt

18) *L. 36 D. de dolo malo:* Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. *L. 3. § 3. D de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sist.* Si et stipulator dolo promissoris, et promissor dolo stipulatoris impeditus fuerit, quominus ad iudicium veniret: neutri eorum Praetor succurrere debebit, ab utraque parte dolo compensando. WEHRN cit. lib. cap. II. §. 5. pag. 38.

19) *L. 57. §. 3. D. de contrah. emt.* Quodsi uterque sciebat, et emtor et venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando; et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte ueniente, stare non concedente. *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. und NOODT de forma emend. doli mali cap. XI. wollen zwar in dieser Stelle nichts als Ungereimtheiten und Widersprüche finden, und halten daher dieselbe für verfälscht; allein man sehe DOMPIERRE DE IONQUIERES Specim. de restitution. in integrum Tit. III. §. 26. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth, und Erbzinskontract §. 56. S. 57.

20) Der Kläger, dem die exceptio doli entgegen gesetzt wird, kann sich wegen des gegenseitigen Dolus mit keiner Replik helfen.

giebt **Labeo** beym **Ulpian**[21]) an, wenn er sagt: iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse; ei vero, cum quo ageretur, poenae esse: cum longe aequissimum sit, ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi. Es kommt bey dieser Compensation auch nicht in Betracht, ob der gegenseitige Schade gleich groß ist; nein, wenn beyde Theile einander hintergangen haben, so kommt, wie **Ulpian**[22]) sagt, immer derjenige am besten weg, welcher den Vortheil in Händen hat. Man setze also, A. habe in einem Tauschhandel mit dem B. für ein Pferd, welches einen, nur dem erstern allein bekannten, geheimen Hauptmangel hatte, alte verlegene Waaren, statt der versprochenen frischen, erhalten; hier kann kein Theil gegen den andern auf Schadensersatz, noch auf Nichtigkeit des Contracts klagen[23]) Ist nun aber nur

sen. *L.* 4. §. 13. *D. de doli mali et met. except.* Denn wenn beyde Contrahenten einander betrogen haben, so findet auf keiner Seite eine Verbindlichkeit statt. *L.* 34. §. 3. *D. de contrah. emt.* S. *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de pari turpitudine. *Vitemb.* 1734. §. 6. und *Six. Iac.* KAPFF Diss. de compensatione circa maleficia vel quasi *Tübing.* 1778. §. 12.

21) *L.* 4. §. 13. *D. de doli mali et met. exc.* Man vergleiche vorzüglich IENSIUS in Strictur. ad Rom. iur. Pand. et Cod. p. 458. und KAPFF cit. Dissert. §. 13.

22) *L.* 154. *D. de Reg. iur.* Cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicato petitori, *aut si rei quoque in ea re dolo actum sit.*

23) S. TITIUS in Observat. ad LAUTERBACHII compend. iur. Lib. XLIV. Tit. IV. Obs 1131. In dem allgemeinen Gesetzbuch für die preuß. Staaten I. Th. Tit. V. §. 357.

der eine Mitcontrahent allein Urheber des bey dem Vertrage gespielten Betrugs, so hat man wieder darauf Rücksicht zu nehmen, ob der dolus causam dans oder incidens ist. Im erstern Falle ist nach dem natürlichen Rechte der ganze Vertrag nichtig. Denn der Betrogene würde ohne den vom andern Theile gespielten Betrug gar nicht contrahirt haben. Dieser dolus causam dans stehet also der Einwilligung in den Vertrag ganz im Wege, und muß folglich auch den darauf sich gründenden Vertrag durchaus nichtig machen. Ist hingegen der dolus nur incidens, so hat derselbe nicht den Vertrag selbst, sondern nur die gegenwärtige Modification desselben veranlaßt. Der Hintergangene würde denselben auch ohne den Betrug, welchen sein Mitcontrahent gespielt hatte, abgeschlossen haben. Der Betrogene hat also zwar in den Vertrag selbst, aber nicht in die gegenwärtige Modification desselben gewilliget. Folglich ist der Vertrag an sich nicht nichtig, sondern es kann der Betrug nur eine Nichtigkeit dessen nach sich ziehen, was die Modification des Handels betrift [24]). Das römische Recht befolgt diese Grundsätze nicht durchaus, sondern macht einen Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten. Bey den erstern hatte der Betrug eine ganz andere Wirkung, als bey den Contracten der letztern Art. Bey den

§. 357. heißt es: Sind von beyden Seiten Betrügereyen vorgefallen, so bestehet der Vertrag, und keiner von beyden kann gegen den andern auf Entschädigung klagen."

24) NETTELBLADT cit. Diss. de doli incid. et caus. dant. in contract. effectu §. 28. Gmelin von den Folgen des Betrugs bey Verträgen, im 2. Band der gem. jur. Beobachtungen §. 91.

den bonae fidei contractibus sahen die Römer vorzüglich auf Billigkeit, diese war der Grund, daß die Contrahenten bey einem solchen Vertrag redlich und aufrichtig gegen einander handeln mußten. So wie sie also nicht nöthig hatten, wegen eines dabey zu befürchtenden Betrugs sich besonders mittelst einer ausdrücklich hierauf gerichteten Clausel vorzusehen[25]), so war es auch bey den bonae fidei iudiciis nicht einmal nöthig, den Prätor um die Formel für die Ausflucht des Betrugs zu ersuchen, oder derselben in Iure einige Erwähnung zu thun[26]), sie konnte auch noch bey dem Iudex pedaneus angebracht werden, welcher, da er überhaupt einen solchen Streit nach Recht und Billigkeit schlichten sollte[27]), unstreitig auch darüber erkennen konnte. Solche Contracte wurden also nicht erst durch den Prätor wegen eines Betrugs umgestossen, die daraus entspringenden Klagen nicht erst durch eine prätorische Exception über den Haufen geworfen, sondern durch sich selbst vernichtet[28]). Hier fanden also die Grundsätze des Naturrechts ihre volle Anwen-

25) *L.* 68. §. 1. *D. de contrah. emt.* Daher sagt Ulpian in der *L.* 152. *D. de div. Reg. iur.* daß die praestatio doli in einem jeden contractu bonae fidei stecke.

26) Exceptio enim doli ipso iure inest bonae fidei iudiciis. *L.* 21. *D. Soluto matrimon. L.* 84. §. 5. *D. de Legat.* I. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. lib. IV. Tit. 3. §. 5.

27) §. 30. *I. de Actionib.* In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat.

28) Vortreflich hat dieses *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 14. n. 32. sqq. pag. 93. ausgeführt. Man vergleiche auch *Io. Matth.* MAGNI Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 2. *Thes.* MEERMANN. Tom. III. pag. 268.

Anwendung. Ein dolus causam dans mußte daher eine Nichtichkeit für den ganzen Contract nach sich ziehen [29]). Der Betrogene stellte also entweder die aus dem Contract selbst entstehende Klage auf dessen Zernichtung an [30]), oder er schützte sich mit der Einrede des Betrugs, wenn er aus dem betrüglichen Contract von seinem Mitcontrahenten belangt wurde. Jedoch erklärte der Richter wegen eines doli causam dantis den Contract nicht eher für nichtig, als wenn der Betrogene darauf bestand. Denn dieser kann auch, wenn er will, den Vertrag für beständig annehmen, und

29) *L. 7. pr. D. de dolo. L. 16. §. 1. D. de Minorib. L. 3. §. ult. D. pro Socio. L 1. Cod. de resc. vendit.* Einige ältere Rechtsgelehrten glaubten zwar, daß nach röm. Rechten der dolus keine Rechtsgeschäfte, mithin auch nicht die bonae fidei Contracte, an sich nichtig mache, wenn gleich derselbe causam dans wäre, z. B. SUMMERMANN in Comment. ad *πρῶτα* Tit. de dolo malo §. 7. allein diese irrige Meinung ist längst widerlegt und verworfen worden. Man vergleiche hierüber BACHOVIUS ad *Treutlerum* P. I. Disput. XXVIII. Th. 2. lit. F. VINNIUS selectar. iuris quaestion. Lib. I. cap. 12. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. FINESTRES in Hermogeniano pag. 474. VOET in Commentar. ad Pandect. tit. de dolo malo §. 3. DOMPIERRE *de* JONQUIERES cit. Specim. de Restitut. in integrum Tit. 3. §. 23. sq. WEHRN cit. doctrina iuris Cap. II. §. 5. pag. 40.

30) *L. 11. § 5. D. de action. emti vend.* Si quis *virginem* se emere putasset, cum mulier venisset et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen *ex emto* competere actionem *ad resolvendam emtionem*, ut pretio restituto mulier reddatur. Man sehe über diese Stelle Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- Mieth- und Erbzins- Contract §. 397.

und mit der daraus entspringenden Klage nur sein Interesse fordern [31]). Ist hingegen der dolus blos incidens, so war und blieb der Contract gültig, und der Betrogene konnte nur auf die Ersetzung des Schadens und Leistung des Interesse klagen [32]). Mit den stricti iuris Contracten ver-

31) *L. 62. §. 1. D. de contrah. emt.* Quisque enim iuri pro se introducto renunciare potest; nec aequum est, ut, quae in alicuius favorem constituta sunt, invito eo in eius iniuriam detorqueantur. VOET ad Pandect. tit. de dolo §. 7. DOMPIERRE cit. loc. § 26. Daher kann der Betrüger selbst nie auf Zernichtung des Contracts dringen, wenn der Betrogene denselben gehalten wissen will. SCHULTING ad τα πρῶτα, Pandectar. lib. IV. Tit. 3. §. 8.

32) *L. 13. §. 4. et 5. L. 32. L. 49. D. de act. emt. vendit.* Z. B. wenn der Käufer durch des Verkäufers zu leicht Gewicht betrogen worden, so klagte er auf Nachschuß des Abgangs der Waare *actione emti*. Denn diesen Nachschuß hatte er mit behandelt. War hingegen der Verkäufer durch des Käufers zu schwere Gewichte betrogen worden, so forderte er das, was der Käufer zu viel an Waare erhalten, mit der condictione indebiti oder furtiva zurück. Die actio venditi paßte hier darum nicht, weil der Verkäufer diesen Ueberschuß nicht mit verhandelt hatte. S. Westphal a. a. O. §. 776. Einen besondern Fall eines doli incidentis enthält die angeführte *L. 49. pr. D. de act. emti.* Der Verkäufer eines Grundstücks hatte zur Hintergehung des Käufers jemanden angestellt, der solches um ein sehr hohes Geld in Pacht nehmen mußte, damit der Käufer darnach die Größe des Werths vom Grundstück beurtheilen, und einen desto höhern Preis dafür bezahlen möchte. Um denselben desto sicherer zu machen, hatte der Verkäufer wegen des Pachts und der fünfjährigen Pachtzahlung selbst Bürgschaft übernommen. Denn Prädia pflegten bey den Römern gewöhnlich auf fünf Jahre verpachtet zu werden

verhielt sich die Sache ganz anders. Hier hieng die Gültigkeit des Vertrags so sehr von der Contractsformel ab, daß alles dasjenige, was nicht ausdrücklich darin festgesetzt war, auch zu den Bestimmungen desselben nicht gehörte, und darauf gar keine Rücksicht genommen wurde [33]). Hatte also bey diesen Contracten ein Contrahent in Ansehung des Betrugs gegen den andern sich nicht ausdrücklich vorgesehen, so konnte aus dem Contract selbst deßfalls nicht geklagt werden. Weil es indessen gegen alle Billigkeit war, wenn ein Contrahent sich mit den Schaden des andern durch seinen Betrug bereichern sollte, so erfand Aquilius Gallus [33]) eine eigene Formel für den Betrug, womit der Betrogene gegen seinen Mitcontrahenten, der unredlich gegen ihn gehandelt hatte, bald klagend auftreten, bald aber gegen die unbilligen Forderungen desselben sich schützen konnte [35]). Von diesem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den

den. Dessen ungeachtet konnte der Käufer wegen des gespielten Dolus gegen den Verkäufer auf die Herabsetzung des Werths klagen, da die Collusion entdeckt wurde. Die von dem Verkäufer wegen des fünfjährigen Pachts übernommene Bürgschaft konnte diesen nicht schützen. Denn gesetzt, daß auch die fünf Jahre der hohe Pacht dem Käufer bezahlet wurde, so ersetzte ihm dieses dennoch den Schaden aus dem zu hoch bezahlten Kaufpretium nicht hinlänglich. FINESTRES in Hermogeniano pag. 471. sqq. und Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 775. S. 581. haben diese Stelle gut erläutert.

33) *L. 126. §. 2. in fin. D. de Verb. Obligat.*

34) CICERO *de Officiis* Lib. III. cap. 14.

35) Nach der röm. Proceßordn. mußte bei den iudiciis stricti iuris der Beklagte, wenn er sich gegen die erhobene Klage der Ausflucht

den vorigen Stand, welches unter dem Namen der actionis und exceptionis doli in Anwendung gebracht wurde, wird in dem dritten Titel des vierten Buchs mit mehrerem gehandelt. Der Betrug hatte also auf einen stricti iuris Contract gar keinen Einfluß, nach den Gesetzen war er vielmehr ganz gültig, nur das prätorische Hülfsmittel entkräftete ihn [36]). Daß dieser Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten in unsern Tagen von keinem practischen Nutzen sey, ist bekannt. Alle Verträge, die in Teutschland errichtet werden, sind ohne Ausnahme bonae fidei. Wir kennen keine Contracte, an deren Formel unsere Richter, wie der römische Iudex pedaneus, gebunden wären, sondern sie müssen bey Beurtheilung derselben vorzüglich auch auf die natürlichen Bestimmungen eines Vertrags Rücksicht nehmen [37]). Es finden daher bey uns

flucht des Betrugs bedienen wollte, die Formel dieser Exception sich von dem Prätor erbitten. Hatte er die exceptionem doli nicht in iure angebracht, so konnte er sich hernach bey dem Iudex pedaneus darauf nicht mehr berufen, sondern dieser mußte ihn ohne weiteres condemniren, weil er an die ihm vom Prätor ertheilte Formel streng gebunden war. S. AVERANIUS Interpretation. Lib. I. cap. 14. n. 30 — 32. SCHULTING ad πρῶτα tit. de dolo. §. 9.

36) *L. 5. Cod. de inutil. stipulat.* VOET in Comment. ad Pand. lib. IV. Tit. 3. §. 6.

37) *Christph. Andr.* REMER Tract. de vero ex iure Rom. statui Germaniae accommodato obligationum valore Sect. I. Cap. 3. §. 38. sqq. BOEHMER doctr. de actionibus Sect. I. c. 3. §. 44. sqq. Anderer Meinung ist zwar COCCEJI in iure civ. controv. Lib. IV. Tit. 3. Qu. 2. in fin. allein man sehe EMMINGHAUS ad Coccejum h. l. not. f. pag. 353.

der Betrogene mit der actione doli gegen den Dritten nichts ausrichtet, kann derselbe aus dem Grunde eines unüberwindlichen Irrthums gegen seinen Mitcontrahenten die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen[58]). Ein Irrthum, der leicht zu heben gewesen, benimmt der Gültigkeit des Vertrags nichts. Ein solcher ist für den Irrenden stets nachtheilig, weil es von ihm abhieng, demselben auszuweichen. Ist hingegen der Dolus des Dritten nur die Ursache von der gegenwärtigen Modification des Contracts gewesen, so kann deshalb nur auf Schadensersatz geklagt werden, welche Klage auch gegen den Mitcontrahenten selbst Statt findet, insofern dieser sich durch den Betrug des andern bereichert hat. Z. B. Titius leihet bey einem Handel über gewisse Waaren wissentlich falsch Gewicht. Ist hierdurch der Verkäufer verletzt worden, daß das Gewicht zu schwer war, so fordert er das, was der Käufer durch diesen Betrug des Titius an Waare zuviel erhalten, mit der condictione indebiti von demselben zurück. Ist hingegen der Käufer dadurch verletzt worden, daß des Titius Gewichte zu leicht waren, so kann dieser auf Nachschuß des Abgangs der Waare gegen den Verkäufer actione emti klagen. Gegen den Titius hingegen findet die actio doli nur dann statt, wenn die actio ordinaria zur Entschädigung des Betrogenen nicht zureicht, oder gar nicht Statt finden kann, z. B. wenn die Waare unter der ausdrücklichen Bedingung verkauft worden ist, daß sie nach den

58) Arg. L. 3. §. 3. *D. de eo, per quem fact. quom. quis in iud. fist. Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 6. EMMINGHAUS ad COCCEJI Ius civ. controv. tit. de dolo malo Qu. 5. Not. m. Gmelin in der angeführten Abhandlung §. 106. S. 171.

den Gewichten des Titius abgewogen und überliefert werden solle, weil dieser betrügerischer Weise versichert hatte, daß seine Gewichte richtig wären [59]).

Zuletzt fragt sichs noch, ob der dolus causam dans einen geschlossenen Handel dergestalt ungültig mache, daß auch die Uebertragung des Eigenthums der Sache hierdurch gehindert werde? Viele Rechtsgelehrten [60]) wollen dieses aus dem Grunde läugnen, weil nach dem römischen Rechte auch ein vermeintlicher Titel zur Uebertragung des Eigenthums hinreichend sey [61]). Der Vertrag sey also nur ungültig

59) *L.* 18. §. 3. *D. de dolo malo.* De eo, qui sciens commodasset pondera, ut venditor emtori merces appenderet, TREBATIUS de dolo dabat actionem. Atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est, repeti *condictione* potest: Si minora, ut reliqua merx detur, *ex tempo* agi potest: nisi si *ea conditione* merx venit, *ut illis ponderibus traderetur*, cum ille decipiendi cuusa adfirmasset, se aequa pondera habere. Man sehe über diese Stelle NOODT de forma emend. doli mali. Cap. 13. in fin.

60) Dieser Meinung sind BACHOVIUS ad τα πρῶτα Pandect. Tit. de dolo malo c. a. VINNIUS select. iur. quaestion. Lib. I. cap. 12. pag. 80. NOODT de form. emend. doli mali cap. 15. SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. tit. de dolo malo §. 6. LAUTERBAGH in Colleg. Pandectar. theor. pract. Lib. IV. Tit. 3. §. 6 STRUV in Syntagm. iur. civ. Exercit. VIII. Th. 30. GUNDLING in Protis Pandectar. Lib. IV. Tit. 3. §. 10. POTHIER in Pandect. Iustinian. T. I. Lib. II. Tit. 14. Sect. II. Art. 1. §. 2. not. b. Braun in der Abhandl. vom Betruge in Verträgen §. penult. Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 777. u. a.

61) *L.* 3. §. 8. *D. de condict. caus. dat. et tot. Tit. D. de condict. indeb.*

gültig unter den Contrahenten. In Ansehung eines Dritten aber, der in bona fide ist, sey diese Ungültigkeit ohne Wirkung. Hat also der Käufer, der seinen Verkäufer hinterlistig zum Verkauf vermocht hat, die Sache schon wieder verkauft, so habe gegen diesen Käufer, welcher in bona fide ist, keine Eigenthumsklage statt, sondern der betrogene Verkäufer müsse sich an seinen Käufer, seiner Entschädigung wegen, halten. Sie berufen sich überdem auf die L. 10. *Cod. de rescind. emt. vendit.* wo es heißt: Dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emtor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. Allein ist ein solcher Handel, der durch den Betrug des andern Contrahenten lediglich verursacht worden ist, nach der einstimmigen Verordnung der Gesetze[62]), an sich ungültig, so kann auch die vermöge eines solchen Vertrags geschehene Uebertragung des Besitzes von keiner rechtlichen Wirkung seyn[63]). Ich begreife daher nicht, wie aus einem solchen nichtigen Contract das Eigenthum der Sache auf den andern übergehen könne, wenn ein dolus bey Erlangung des Besitzes zum Grunde liegt. Hindert gleich der Irrthum auf Seiten des Tradirenden nicht schlechthin die Uebertragung des Eigenthums[64]), so wird doch wenigstens erfordert, daß der Em-

62) *L. 7. pr. D. de dolo malo. L. 3. D. de pignor. act. L. 16. §. 1. D. de Minorib. L. 3. §. fin. D. pro socio. L. 5. C. de rescind. vendit.*

63) Arg. *L. 3. §. 10. D. de Donat. inter vir. et uxor. L. 1. §. 4. D. de acquir. vel amitt. possess.*

64) *L. 36. D. de acquir. rer. domin.*

Empfänger in bona fide sey [65]), weil die Erwerbung des Eigenthums eine **rechtmäsige Uebergabe** voraussetzt [66]). Hiermit kann aber nun freylich nicht bestehen, wenn der Käufer den Verkäufer zur Schliessung des Handels hinterlistig verleitet hat [67]). Denn die Gesetze erfordern ausdrücklich zur Uebertragung des Eigenthums, daß der Käufer sowohl zur Zeit des geschlossenen Handels als auch alsdann, wenn die Uebergabe erfolgt, ohne Gefährde gehandelt haben müsse [68]). Hat nun aber der betrügerische Contrahent das Eigenthum der Sache aus den angeführten Gründen nicht an sich gebracht, so konnte er es auch keinem Dritten übertragen. Ich finde demnach nicht das mindeste Bedenken, denen [69]) beyzutreten, welche dem betroge.

65) Bona enim fides tantundem possidenti praestat, sagt Paulus L. 136. *D. de R. I.* quantum veritas. Man sehe auch vorzüglich *L. 3. D. pro suo.* Daher findet bey der Bezahlung einer Nichtschuld die condictio furtiva statt, wenn der Empfänger derselben in mala fide ist. *L. 18. D. de condict. furt.*

66) *L. 31. pr. D. de acquir. rer. dom.*

67) Mit einem solchen Dolus läßt sich wenigstens nicht zusammenreimen, wenn Justinian §. 40. *I. de rer. divis.* sagt: nihil tam conveniens est *naturali aequitati*, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.

68) *L. 7. §. 16. et 17. D. de public. in rem actione. L. 10. pr. D. de usucap. et usurpat. L. 2. §. 3. et 5. D. de doli mali et met. except.*

69) Man vergleiche VOET in Comment. ad Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 3. et Lib. VI. Tit. 1. §. 14. BERGER in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. II. §. 18. not. 4. COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. III. Quaest. 4. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de dominio ex contractu doloso non translato. *Halae* 1720.

Io.

trogenen Verkäufer die Eigenthumsklage gegen den dritten Besitzer seiner Sache gestatten [70]). Es ist auch dieser Behauptung die von den Gegnern angeführte *L.* 10. *Cod. de rescind. vendit.* keinesweges entgegen. Denn die Worte: in quem emtor dominium transtulit, geben deutlich zu erkennen, daß dieses Gesetz von einem solchen Falle rede, wo der Dolus den Contract an sich nicht aufhebt. Man verstehe es nun mit den meisten von einem dolo incidente, oder erkläre es mit **Böhmer** [71]), von einem solchen Falle, da bey dem Kaufcontract zugleich eine Stipulation eingegangen worden, und daher das Geschäft als stricti iuris zu behandeln war. Mit dieser letztern Erklärung hängt wenigstens sehr gut zusammen, wenn dem betrogenen Verkäufer gegen seinen betrügerischen Mitcontrahenten die restitutio in integrum gestattet wird, wiewohl es auch nichts hindert, wenn die Entschädigungsklage aus dem Kaufcontract als eine Art der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angesehen wird, weil doch der dolus incidens den Contract nicht nichtig macht. Ueberhaupt findet hier die bekannte jedoch sehr richtige Bemerkung statt, daß die Gesetze des Codex, welche, wie diese L. 10. Kaiserliche Rescripte

Io. Gottl. SIEGEL Diss. de dolo translationem dominii impediente. *Lipsiae 1748.* HUBER in praelect. ad Pandect. Lib. IV. Tit. 3. §. 5. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. II. cap. II. §. 15. und besonders Hrn. Prof. **Webers** Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Stück, (zweyte verbess. Ausgabe, **Schwerin** u. **Wismar** 1795. 8.) Nr. 8. S. 82. ff.

70) Arg. *L.* 36. *D. de donat. inter vir. et uxor. L.* 16. *Cod. de praed. et aliis reb. minor.*

71) Introduct. in ius Digestor. Lib. IV. Tit. 3. §. 5. in fin.

te enthalten, wenn die Worte darinn unbestimmt und nicht genau gefaßt sind, nach der Analogie bestimmter Rechtssätze zu erklären, weil es eigentlich die Absicht der römischen Kaiser nicht war, in ihren Rescripten neue Grundsätze aufzustellen, sondern längst bekannte der Anfrage gemäß anzuwenden [72]).

§. 297.

II. Vom Irrthum in Verträgen und den rechtlichen Folgen desselben.

Auch Irrthum hindert die freye Einwilligung, und hat daher auf die Gültigkeit der Verträge ebenfalls einen grossen Einfluß [73]). Man irret, wenn man sich eine Sache anders vorstellt, als sie wirklich beschaffen ist. Irrthum bestehet also in dem Mangel einer richtigen Kenntniß; in der Vermischung des Wahren mit dem Falschen. Hat man von einer Sache gar keine Wissenschaft, so nennt man diesen

72) S. diesen Commentar 1. Th. §. 37. S. 258. f. und meine Rechtsfälle 1. Th. Nr. XIII. §. 9. S. 256. folg.

73) Ueber diese Materie sind folgende Schriften zu bemerken: *Hen.* RENNEMANN Diss. de negotio vel pacto involuntario praecipue coacto et fortuito, vel ignorantia aut errore iuris factive patrato; (in EIUS *Prolegom. Iurispr. R. G.* nr. XX.) *Io. Henr.* FELTZ Diss. I. et II. de errore in contractibus. *Argent.* 1713. et 1719. Nic. Hieron. Gundling über die schwere Lehre von dem Irrthum in der Rechtsgelahrtheit. (*Gundlingian.* Stück XXXIII. Nr. I. S. 205. ff.) LEYSER de ignorantia et errore (in *Meditat ad Pand.* Vol. V. Specim. CCLXXXIX.) *Frid. Gottl.* STRUV Diss. de effectu erroris in contractu emti venditi. *Kiel* 1749. *Christ. Frid. Ge.* MEISTERI Comment. de effectu erroris in emtione et venditione. *Goett.* 1751.

sen Mangel **Unwissenheit**. Weil es jedoch gleichviel ist, ob man von einer Sache gar keine Wissenschaft, oder eine falsche Vorstellung und Meinung hat, so wird in Absicht auf die rechtlichen Folgen des Irrthums zwischen error und ignorantia in unsern Gesetzen weiter kein Unterschied gemacht [74]). Der Irrthum kann nun in Beziehung auf Verträge von mancherley Art und Wirkung seyn. Man irrt entweder in **Ansehung des Rechts**, oder der Irrthum betrift bloß **Thatumstände** [75]). Ein Irrthum in **Ansehung des Rechts** (error iuris) schadet bey Schließung eines Vertrags jedem, der daraus ein Recht erwerben will [76]). Man setze also den Fall, daß bey Schließung eines Vertrags aus rechtlicher Unwissenheit die vorgeschriebene Form nicht gehörig beobachtet worden, oder man hat geglaubt, der Mitcontrahent könne den Vertrag für

74) Man vergleiche nur *L. 1. 7. et. 8. D. de iur. et facti ignor. L. 15. §. 1. D. de contrah. emt. vendit. L. 11. D. pro Emtor. L. 28. D. de lib. cauſ. L. 57. D. de obligat. et action. L. 6. et 7. C. de iur. et facti ignor.* in welchen Stellen error und ignorantia als gleichviel bedeutend verwechselt werden.

75) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. CCLXXXIX. medit 1. will zwar diese Eintheilung als unnütz verwerfen, allein der ganze Tit. Digeſtor. de iuris et facti ignorantia widerlegt diese Meinung von selbst. Man sehe *Io. Wilh.* MARCKART Exercitat. academ. (*Hardervici 1751. 4.*) Exercit. II. Cap. I. §. 6. MÜLLER Obſerv. pract. ad Leyſerum Tom. III. Faſc. I. Obſ. 505. **Reinhard** von der ignorantia iuris et facti, in der Samml. vermischter kleiner Schriften St. VI. nr. 3. *Geo. L.* BOEHMER Diſſ. de eod. arg. *Goetting.* 1745. und *Franc.* ALEF Dies academ. s. Opuſcula Diſſ. III. (*Heidelberg.* 1753. 4.)

76) *L. 7. D. de iur. et facti ignor.* Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus. ALEF cit. loc. §. 36. pag. 157.

für sich ausschließen, welcher doch ohne die Einwilligung eines Dritten nicht contrahiren konnte, oder man hat über eine des Verkaufs unfähige Sache paciscirt, weil man das gesetzliche Verbot nicht kannte. In allen diesen Fällen ist der Vertrag ungültig, und die rechtliche Unwissenheit gereicht zu keiner Entschuldigung, um aus dem Vertrag ein Recht zu erwerben. Das Geschäft, welches auf einen solchen Irrthum beruhet, bewirkt nicht einmahl einen zur Verjährung hinlänglichen Rechtsgrund [77]); was jedoch der Irrende zur Erfüllung des geschlossenen Handels seinem Mitcontrahenten bereits gegeben hat, das kann derselbe zurückfor-

77) *L. 31. pr. D. de Usurpat. et Usucap.* Nunquam in Usucapionibus *iuris error* possessori prodest; et ideo PROCULUS ait, si per errorem initio venditionis tutor pupillo auctor factus sit, vel post longum tempus venditionis peractum, usucapi non posse, quia iuris error est. Bekanntlich mußte der Vormund seine Auctorität gleich bey Abschließung des Geschäfts seines Pupillen interponiren. Geschahe es vorher, da der Handel mit dem Pupillen noch in seinem Anfange war, und in den ersten noch unreifen Tractaten bestand, oder erst lange Zeit nachher, nachdem der Handel mit dem Pupillen schon abgeschloßen war, so war alles ungültig, und der Contrahent, welcher glaubte, daß er bey seinem Handel mit dem Pupillen sicher wäre, irrte sich sehr in Ansehung seines Rechts. Er konnte nicht einmal usucapiren. S. Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung §. 677. S. 524. Ein anderes Beyspiel enthält *L. 2. §. 15. D. pro Emtor.* Wenn ich nämlich mit einem Pupillen einen Handel schließe ohne die Einwilligung seines Vormundes, weil ich glaube, daß solche den Rechten noch nicht erforderlich sey. Hier kommt mir keine Verjährung zu Statten, quia iuris error nulli prodest. Add. *L. 4. D. de iur. et facti ignor.*

fordern [78]). Wenn hingegen nicht von Erwerbung eines Rechts die Frage ist, sondern derjenige der aus rechtlicher Unwissenheit einen ihm nachtheiligen Vertrag geschlossen, sich mit der Ausflucht des Irrthums in der Absicht zu schützen sucht, um das Seinige zu erhalten, und Schaden zu verhüten, so ist ein Unterschied zu machen, ob man sich aus Unwissenheit eines Rechts begeben, durch dessen Ausübung man sein Vermögen hätte vermehren können, z. E. man hat aus rechtlichem Irrthum auf eine Erbschaft Verzicht gethan; oder ob man sich sonst verbindlich gemacht habe, etwas aus seinem Vermögen dem andern zu leisten. Im ersten Falle bleibt das Geschäft gültig [79]), wenn nicht entweder der Irrende erweisen könnte, daß sein Irrthum unüberwindlich gewesen [80]); oder demselben seiner Minderjährigkeit wegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten kommen sollte [81]). Im letztern Falle hingegen hat sich der Irrende entweder aus rechtlicher Unwissenheit zu etwas verbindlich gemacht, wozu durchaus keine rechtliche Verbindlichkeit vorhanden war, oder es ist die Verbindlichkeit

78) *L. 7. D. de iur. et facti ign.* Iuris ignorantia suum petentibus non nocet.

79) *L. 2. Cod. de iur. et facti ignor.* Cum ignorantia iuris facile excusari non possit, si maior annis hereditati matris tuae renunciasti, sera prece subveniri tibi desideras. S. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 202.

80) *L. 9. §. 3. D. de I. et F. ignor.* — ut cui facile fuit scire, ei detrimenti sit iuris ignorantia.

81) *L. 11. C. eod.* Quamvis in lucro nec faeminis, ius ignorantibus, subveniri soleat: attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro Principum statuta declarant.

keit an sich, in Ansehung welcher der Irrthum vorgefallen, in den Rechten gegründet. Im ersten Falle ist zwar des Irrthums wegen der Vertrag insofern ohne Wirkung, als das Versprechen noch unerfüllt ist, und es kann sich der Irrende mit einer Einrede decken, wenn auf die Erfüllung des unverbindlichen Versprechens wider ihn geklagt wird [82]). Allein wenn das Versprechen bereits erfüllt ist, so bleibt es in der Regel gültig, und findet keine Zurückforderung des Gegebenen statt [83]), es wäre denn, daß der Zurückfordernde entweder zu den Personen gehörte, welchen die Gesetze die Unwissenheit des bürgerlichen Rechts verzeihen, z. B. Frauenzimmer, Minderjährige, Soldaten [84]) rc. oder derselbe erweisen könnte, daß er in Ansehung des begangenen Irrthums außer aller Schuld sey, weil es ihm z. B. an aller Gelegenheit fehlte, einen Rechtsverständigen zu Rathe zu ziehen [85]). Ist endlich die Verbindlichkeit, in Ansehung welcher der Irrthum vorgefallen, an sich in den Rechten gegründet, so kommt der Irrthum in keine weitere Betrachtung.

82) *L. 8. D. eod.* Caeterum omnibus iuris error *in damnis amittendae rei suae* non nocet. Man vergleiche über diese Stelle DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. I. cap. XXI. p. 32. sq. Beyspiele geben. *L. 1. pr. D. ut in possess. legator. L. ult. pr. D. de doli mali et met. except.*

83) *L. 10. C. eod.* Cum quis ius ignorans, indebitam pecuniam solverit: cessat repetitio. S. MARCKART cit. Exercitat. de condictione indebiti per errorem iuris civ. soluti. Cap. II. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. VI. §. 13.

84) *L. 9. pr. D. L. 13. Cod. eodem.*

85) *L. 9. §. 3. D. eod.* ALEF cit. Diss. Cap. III. §. 32. sqq.

tung[86]). Z. B. wenn eine Manns- und eine Weibsperson gemeinschaftlich Bürgschaft leisten, weil ersterer glaubte, daß er nur zu seinem Antheil haften dürfe; so hilft ihn dieser Irrthum nichts. Die ganze Verbindlichkeit fällt hier auf den männlichen Bürgen allein, weil er wissen **konnte** und **sollte**, daß weibliche Bürgschaft nicht gilt.

Betrift der Irrthum blos **Thatumstände**, so ist zunächst darauf zu sehen, ob der Vertrag von den **Partheyen selbst**, oder durch einen **Gevollmächtigten** geschlossen worden. Im letztern Falle kommt alles auf Irrthum oder wahre Kenntniß des Principals, nicht des Anwalds an[87]). Der Irrthum des Anwalds hindert also die Gültigkeit des Contracts nicht, wenn nur sein Principal, für welchen er den Handel geschlossen, von allen Umständen eine richtige Kenntniß gehabt hat[88]). Nur in dem Falle,

86) L. 48. *pr. D. de fideiussor.*

87) L. 13. *D. de contrah. emt.* L. 51. §. 1. *D. de aedilit. edicto.* *L. 17. D. de lib. caus. L. 2. D. de litigiosis.* S. *Greg.* MAJANSII ad triginta ICtorum fragmenta commentar. T. I. p. 421. und **Westphals** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 784.

88) *Si enim alieno nomine quis contrahit*, sagt STRUV in cit. Diss. de effectu erroris in contractu emti venditi Th. 9. *paciscentis nihil interest, an contractus subsistat, nec ne, unde non eius scientia aut ignorantia, sed domini ac principalis spectatur, cuius interesse tantum in negotio illo civili versatur, atque ideo contra bonam fidem contractus emti venditi foret, sub alterius scientiae vel ignorantiae praetextu, suam scientiam vel ignorantiam velle supprimere, atque inde agere vel excipere.* Add. FRANSKII Comment. ad Pandect. tit. de contrah. emt. nr. 72. sqq.

Falle, da der Anwald in seinem Namen klagt, kommt es auf seine Wissenschaft oder Irrthum an[89]). Ist hingegen der Vertrag von den Partheyen selbst geschlossen worden, und es ist ein Irrthum bey Abschliessung desselben vorgegangen; so ist ein Unterschied zu machen, ob beyde Theile sich geirret, und einander unrecht verstanden haben, oder nur der eine Theil allein. In dem ersteren Falle kommt es wieder darauf an, ob der Irrthum solche Umstände betrift, die zu dem Wesentlichen des eingegangenen Vertrags gehören, und worauf daher die Intention der Paciscenten hauptsächlich gerichtet war, oder ob er nur Nebendinge angehet. In jenem Falle macht der Irrthum den ganzen Vertrag um deswillen ungültig, weil er die Uebereinstimmung des Willens, welche doch zu einem Vertrage schlechthin nothwendig ist, ausschliesset[90]). Dahin gehört,

1) wenn sich die Paciscenten in Ansehung der Sache geirret haben, worüber der Vertrag geschlossen worden ist. Hier lassen sich verschiedene Fälle denken. Der Irrthum kann a) das Individuum des Objects be-

89) *L. 51. §. 1. D. de aedilit. edict.* MEIER in Colleg. argentorat. T. I. Lib. XVIII. Tit. I. §. 15. pag. 1001. Westphals Lehre des gem. R. vom Kauf ꝛc. §. 404.

90) *L. 57. D. obligat. et action.* In omnibus negotiis contrahendis, sive bonae fidei sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud, qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

betreffen, so daß jeder Contrahent sich bey Schliessung des Vertrags einen ganz andern Gegenstand gedacht hat. Hier ist aus Mangel der Einwilligung der Paciscenten der ganze Vertrag ungültig[91]) und der Empfänger erwirbt, des vorgegangenen Irrthums wegen, nach Ulpians Lehre, nicht einmahl den bürgerlichen Besitz der ihm übergebenen Sache[92]). Die Paciscenten können b) in Absicht auf die Existenz der Sache irren. Hier ist der Handel wegen Mangel des Gegenstandes nichtig[93]). Ein gleiches findet c) statt, wenn sich die Paciscenten in den Eigenschaften des Gegenstandes irren, und die Eigenschaft, welche sie voraussetzen, entweder ausdrücklich zur Bedingung des Vertrags gemacht worden, oder eine solche ist, welche den Rechten nach als stillschweigende Bedingung vorausgesetzt werden kann. Hier kann sich der Irrthum wieder auf mancherley Art äußern; α) in Ansehung der gesetzlichen Qualität der Sache. Dahin gehört z. B. wenn die

91) *L. 9. pr. D. de contrah. emt.* Si ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti; quia in corpore dissensimus: emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti. Nam cum *in corpore* dissentiatur: apparet, nullam esse emtionem. Add. *L.* 83. §. 1. *et L.* 137. §. 1. *D. de Verbor. obligat.*

92) *L. 34. pr. D. de acquir. vel amitt. possess.* Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris. Ego putarem, me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, *non acquiram possessionem:* nisi forsan in nomine tandum erraverimus, in corpore consenserimus. Man sehe jedoch über diese Stelle Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 130.

93) *L. 57. pr. D. de contrah. emt.*

die Partheyen nicht gewußt, daß die Sache, worüber sie paciscirt haben, extra commercium ist[94]); oder wenn jemand aus Irrthum seine eigene Sache gekauft hat, welche der Verkäufer für sein Eigenthum gehalten[95]). β) In Ansehung der physischen Qualität. Dahin gehört, wenn sich die Paciscenten in der Substanz oder Materie der Sache geirret haben. Z. E. wenn mir Jemand eine tombackene Dose für eine goldene verkauft, und wir beyde die Dose für golden gehalten haben, ich auch

 sonst

94) *L. 62. §. 1. D. de contrah. emt. L. 22. L. 23. L. 34. §. 1. D. eodem.*

95) Nam suae rei emtio non valet. *L. 16. pr. D. de contrah. emt. L 10. Cod. eodem.* Wie wenn ich nun eine Sache, die mir schon eigenthümlich zugehörte, aus Irrthum gekauft, und solche von dem Verkäufer sofort an einen andern, der sie zum Geschenk erhalten sollte, hätte geben lassen, konnte dieser des nichtigen Kaufs ungeachtet, dennoch Eigenthümer werden? Diese Frage entscheidet die *L. 15. §. 2. D. de contrah. emt.* Si rem meam mihi ignoranti vendideris, et iussu meo alii tradideris: non putat POMPONIUS, dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit: sed quasi tuum dominium ad eum transire. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 16. verstehet diese Stelle so, daß das Eigenthum wegen des Irrthums des Contrahenten nicht auf den Donatarius übertragen werde. Allein Westpal in der Lehre des gem. R. vom Kauf rc. §. 81. zeigt, daß die Frage, ob der Donatarius Eigenthümer geworden, keinem Zweifel unterworfen gewesen, weil doch die Uebergabe der Sache an den Donatar auf des Eigenthümers Geheiß und mit desselben Willen geschehen; Pomponius habe also nur eigentlich zeigen wollen, wie man sich den Uebergang des Eigenthums von einem auf den andern vorstellen solle.

sonst den Kauf nicht geschlossen haben würde [96]. Es wird also hier vorausgesetzt, daß die Sache von einer ganz andern Materie seyn müsse, als wofür sie aus Irrthum gehalten wor-

96) *L. 9. §. 2. D. de contrah. emt.* Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed *in substantia* error sit: ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile: an emtio et venditio sit? MARCELLUS scribit *libro 6. Digestor.* emtionem esse et venditionem; quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία i. e. substantia est: si modo vinum acuit: caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma; aliud pro alio venisse videtur. In caeteris autem nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur. Wenn Essig für Wein verkauft worden, so unterscheidet Ulpian zwischen gemachtem Essig, der zu den Speisen gebraucht wird, (Embamma) und solchem, der aus versauertem Weine entstanden. Im ersten Falle hält er den Kauf für ungültig, weil Wein und gemachter Essig von ganz verschiedener Substanz sind, folglich dem Käufer etwas ganz anders verkauft worden, als er gewollt hat. Wenn hingegen Weinessig für Wein verkauft worden, so sey der Kauf gültig, weil hier einerley Substanz vorhanden. Allein diese Entscheidung ist, wie schon *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 14. hierbey angemerkt hat, für unsere Zeiten nicht mehr brauchbar. Denn sie beziehen sich eigentlich darauf, daß die Römer den Weinessig, wie den Wein, zu trinken pflegten, *L. 1. L. 9. pr. et §. 1. et 2. D. de trit. vin. vel oleo leg.* welches aber heutiges Tages nicht mehr geschiebt. Ist also der Wein schon zur Zeit des geschlossenen Contracts sauer gewesen, und nicht erst nachher durch Zufall sauer geworden, so ist der Handel heut zu Tage für ungültig zu halten. S. REMER in Tract. de vero ex iure Rom. statui Germ. attemperato obligationum valore. Sect. I. cap. III. §. 8.

worden ist; gesetzt auch, daß sie mit der verabredeten Materie überlegt oder überzogen wäre. Denn ist die versicherte Materie vorhanden, und solche nur mit einer andern vermischt, jedoch so, daß jene den größten Theil ausmacht, so ist deshalb der Handel nicht ungültig [97]). Ist ferner der Irrthum in Ansehung der Materie in einem solchen

K 4 Ver-

97) *L. 14 D. de contrah. emt.* Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Utputa, si et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, cum aes esset? Utputa coheredes viriolam (ein Armband) quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea, Venditionem esse constat, ideo quia auri aliquid habuit. Nam si inauratam aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio. Si autem aes pro auro veneat, non valet. Das Wort *inauratum* bedeutet hier nicht so viel als vergoldet, oder mit Gold überlegt, wie es *Des.* HERALDUS Observat. et Emendation. cap. 23. (*Thes. Ottonian.* Tom. II. pag. 1337.) erklärt, sondern Metall, das mit Gold vermischt ist, wie BYNCKERSHOEK Observat. iur Rom. Lib. VI. cap. 14. pag. 138. und AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 19. nr. 7. gezeigt haben. Es ist daher kein Widerspruch, wenn *L. 41. §. 1. D. eodem* sagt: Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emtio, pecuniaquae eo nomine data condicetur. Man unterscheide also, ob die Substanz der Sache mit der versicherten Materie durchaus vermischt, oder nur die Oberfläche derselben damit belegt ist. Im ersten Falle ist der Handel doch gültig, und der Käufer kann nur wegen des Abgangs am Werthe eine Vergütung verlangen. Im letztern Falle hingegen, wenn der Käufer die Sache von massiven Gold oder Silber haben wollen, ist der ganze Handel ungültig, und der Käufer kann sein Geld zurück fordern. S. CUJACII Observat. Lib. II. cap. 4. und Westphals Lehre des R. R. vom Kauf rc. §. 400.

Vertrage vorgegangen, wo die Sache dem andern umsonst überlassen wird, z. E. bey einer Schenkung, so entstehet noch weniger daraus eine Nichtigkeit, wenn nur außer dem Irrthum kein Betrug zu Schulden kommt [98]).

Ein wesentlicher Irrthum, der den Vertrag ungültig macht, ist es ferner 2) wenn sich die Paciscenten **in der Art des Contractes** geirret haben. Z. B. wenn ich dem Titius eine Summe Geld in der Absicht gegeben habe, daß sie ihm geschenkt seyn solle, dieser aber solche aus Irrthum für ein Darlehn angenommen, so ist nach Ulpians Lehre weder eine Schenkung noch ein Darlehn vorhanden [99]).

Oder

98) *L. 22. D. de Verb. obligat. Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iur. Lib. I. cap. 19. nr. 6. STRYK Tr. de caut. contract. Sect. I. cap. IV. §. 7.

99) *L. 18. pr. D. de reb. credit.* Si ego tibi pecuniam *quasi donaturus* dedero, tu *quasi mutuam* accipias; IULIANUS scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum? et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Wie man sich den Fall vorstellen müsse, welchen Ulpian hier entscheidet, zeigt SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exercit. XXII. §. 37. Die Ursache, warum hier weder eine **Schenkung** noch ein **Darlehn** contrahirt werde, ist leicht einzusehen. Denn eine Schenkung erfordert auf Seiten des Beschenkten eine Acceptation. *L. 10. D. de donation.* An dieser fehlt es aber in dem vorgetragenen Falle, weil der Empfänger das Geld aus Irrthum als ein Darlehn angenommen hat. Es findet also hier statt, was **Javolen** *L. 55. D. de obligat et action.* lehrt: in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive *donatio*, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, *nisi animus utriusque consentit*, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest.

Eine

Oder man setze, ich hätte eine Sache für eine gewisse Summe nur verpfänden wollen, der Gläubiger aber habe sie dafür aus Irrthum als gekauft angenommen; oder ich hätte jemanden eine gewisse Summe nur in Verwahrung geben wollen, dieser habe sie aber als ein Darlehn angenommen. In allen diesen Fällen ist kein gültiger Contract geschlossen worden[100]; ich kann daher das Gegebene vindiciren, oder mit der condictione sine causa zurückfordern. Hätte ich jedoch, wie in dem angeführten ersteren Beyspiele, die Absicht gehabt, dem andern die ihm angegebene Summe zu schenken, dieser aber irrig sich vorstellt, daß ich ihm solche

Eine obligatio ex mutuo entstehet darum nicht, weil ich das Geld dem Empfänger nicht in der Absicht gegeben habe, um ihn aus einem Darlehn verbindlich zu machen. Non satis enim est, sagt **Paulus** *L.* 3. §. 1. *D. de Obligat. et action.* dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam *hoc animo* DARI *et accipi, ut obligatio constituatur*, und das nämliche lehrt **Celsus**, wenn er *L.* 32. *D. de reb. credit.* sagt: mutuum, nisi inter consentientes, fieri non posse. In den Basilicis Lib XXIII. Tom III. pag 225. lautet die L. 18. folgendermaßen. Ἐὰν ἐγὼ μὲν ὡς δωρέμενος δώσω, σὺ δὲ δέξῃ ὡς δανειζόμενος, οὐδέτερον ἔῤῥωται, καὶ οὐ γίνεται σὰ τὰ νομίσματα, d. i. nach der **Fabrottischen** Version: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu vero quasi mutuum accipias, neutrum valet, nec nummi tui fiunt.

100) *L.* 9. *pr. D. de contrah. emt.* Si in ipsa emtione dissentient, emtio imperfecta est. — *L.* 18. §. 1. *D. de reb. credit.* Si ego *quasi deponens* tibi dedero, tu *quasi mutuam* accipias: nec depositum nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuum pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. Sed in utroque casu, consumtis nummis, *condictioni* sine doli exceptione locus erit.

nur darleihen wollte, und daher das Geld als ein Darlehn verbraucht hätte; so kann sich der Empfänger mit der exceptione doli schützen, wenn ich mir seinen Irrthum zu Nutze machen, und denselben auf die Zurückgabe des Empfangenen belangen wollte [1]). Julian,[2]) nimmt sogar in diesem

1) *L.* 18. *pr. D. de reb. credit.* wo es am Ende heißt: Quare, si eos (sc. nummos animo donandi datos) consumserit, licet *condictione* teneatur, tamen *doli exceptione* uti poterit, *quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti.* Ob der Empfänger, wenn das Geld bei ihm noch baar vorhanden wäre, sich auch gegen die wider ihn angestellete Reivindication mit der exceptione doli schützen könne? wird in diesem Gesetz nicht entschieden. COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. I. Qu. 6. läugnet, daß in diesem Falle dem Empfänger die exceptio doli zu statten komme, wenn der Geber das Geschenk zurückfordert, weil hier die Billigkeit dieser Einrede wegfalle, und der Empfänger de lucro captanda certire. Allein VOET in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLI. Tit. I. §. 36. bestimmt dieses näher; nur dann, sagt er, kann das Geschenk mit Wirkung zurückgefordert werden, wenn der Empfänger wegen des Irrthums, in welchem er steckte, die Schenkung noch nicht acceptirt hatte. Donatio enim sine subsecuta per donatarium liberalitatis acceptatione inefficax est. Diese Ungültigkeit der Schenkung hindere nach Ulpians Lehre den Uebergang des Eigenthums, quia alia opinione accepit, d. i. weil der Empfänger nicht die Absicht gehabt hat, die Schenkung zu acceptiren. Allein nimmt man Julians Lehre in der *L.* 36. *D. de aequir. rer. domin.* an, daß der Irrthum in Ansehnng des besondern Rechtsgrundes die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, wenn beyde Theile in dieselbe überhaupt zusammenstimmen; bedenkt man ferner, daß es mit der Billigkeit nicht übereinstimmt, wenn man um des blosen Irrthums seines Mitpaciscentens willen, sein eigenes Factum nicht

diesem Falle als ungezweifelt an, daß das Eigenthum, des Irrthums ungeachtet, auf den Empfänger übergehe, weil noch

nicht anerkennen will, und daß derjenige, welcher die wohlthätige Absicht des Gebenden in dem Empfange eines vermeintlichen Darlehns mit Dank erkennt, solche aller Vermuthung nach als Schenkung noch mit weit lebhaftern Dank verehret haben würde; endlich daß auch in andern Fällen dem Donatarius die exceptio doli gestattet wird, wenn dieser aus Irrthum die ihm zugedachte Schenkung nicht in der Maaße geceptirt hat, als es die Absicht des Schenkenden war, und letzterer daher sich diesen Irrthum zu Nutze machen will, man sehe z. B. *L.* 25. *D. de donation.* so kann man dem *Ios.* FERNANDEZ *de* RETES nicht unrecht geben, wenn derselbe Opuscullor. Lib. I. cap. XXIV. n. 16. (*Thes. Meerman* Tom. VI. pag. 87.) sagt: Ego non dubito, quin *eadem doli exceptio* accipienti competat adversus vindicantem, *licet nummi extent.*

2) *L.* 36. *D. de acquir. rer. dominio.* Si pecuniam numeratam tibi tradam *donandi gratia*, tu eam *quasi creditam* accipias: constat, *proprietatem ad te transire*, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Es ist schwer, diese Stelle mit der vorher angeführten *L.* 18. *princ. D. de reb. credit.* vollkommen zu vereinigen. Die Ausleger haben deshalb mancherlei Versuche gemacht. Man vergleiche nur *Nic. de* PASSERIBUS Conciliat. Leg. pag. 230. *Melch de* VALENTIA Epistolicar. iuris exercitat. Lib. 5. Exercit. 10. *Ios.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 5. (*Thes. Otton.* Tom. II. pag. 395 sqq.) *Marcus* LYKLAMA Membranar. Lib. V. Eccl. 18. *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν seu verisimilium Liq. II. cap. 2. *Thes. Ottonian.* T. I. p. 739.) *Ulr.* HUBER Digression. Iustinian. Part. II. Lib. II. c. 6. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν seu Legum conciliatar. Centur. III. Qu. 67. *Ios.* FERNANDEZ *de* RETES Opusculor. Lib. I. cap. 24. nr. 11. sqq. *Thes. Meermann.* T. VI. p. 86.) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 17.

doch beyde Theile ein solches Rechtsgeschäft einzugehen gemeinet haben, wodurch ein Eigenthum erworben werden kann, und der Empfänger auch bey dem sich irrig vorgestellten Contract wenigstens die wohlthätige Absicht des andern Theils nicht ganz verkannt hat [3]).

Der

cap. 17. *Io.* VOET Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLI. Tit. I. §. 36. VINNIUS Quaestion. iur. Lib. II. cap. 35. COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. XII. Tit. I. Quaest. 6 D'ORVILLE Diss. ad cit. LL. (in *Ger.* OELRICHS Thes. Dissertat. Belgicar. Vol. I. Diss 27.) *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustrior. quosd. titulos locaq. selecta iur. civ. pag. 93. *Herm. ab* IDSINGA Diss. de mutuo Cap. V. §. 5. (in OELRICHS *Thes. novo Diss. Belgic.* Vol. I. Tom. I. pag. 154.) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Tit. de acquir. rer. dominio Nr. 58. not. g. et h. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 938. Allein andere halten jeden Versuch einer Vereinigung für vergeblich, weil der Widerspruch zwischen Julian und Ulpian zu evident wäre. S. WISSENBACH Diatr. de mutuo Th. 20. sqq. *Em.* MERILLIUS in comment ad Tit. Dig. de rebus credit. ad L. 18. (in *Thes. Otton.* T. III. p. 673.) *Guil.* BARCLAJUS in Commentar. ad Titulos Dig. de rebus credit. et de jurejur. ad L. 18. (*Thes. Otton.* eod. Tom. III. p. 861). *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXV. §. 6. *B.* BRANCHU Observation. ad ius Rom. Decad. II. cap. 19. pag. 162. und *Christph. Lud.* CRELL in Observat. de proprietate rei donatae ad eum, qui quasi mutuam accepit, transeunte ad L. 18. D. de reb. cred. et L. 36. D. de A. R. D. *Vitemb.* 1731. rec. *Francof. et Lips.* 1757.

3) Denn ein *mutuum* im eigentlichen Verstande, d. i. ein unverzinsliches Darlehn, wird, so wie jede unentgeltliche Benutzung fremder Sachen, die man dem andern gestattet, als eine Wohlthat und eine Art von Schenkung angesehen. *L.* 9. *pr. D. de donation.* S. CRELL cit. Diss. §. 11.

Der Vertrag ist 3) ungültig, wenn beyde Theile sich in den Bewegungsgründen geirret haben, so daß der Beweggrund des einen den andern zu dem Contract verleitet hat, der ohne diesen Irrthum nicht geschlossen seyn würde. Man denke sich den Fall, daß beyde Theile in dem Wahne stehen, das Grundstück, welches der eine besitzt, sey mit dem Näherrecht behaftet. Der Besitzer überläßt es also dem Retrahenten, weil er glaubte, daß er dazu verbunden sey. In solchem Falle kann der Käufer, wenn sich hernach der Irrthum aufklärt, den Verkäufer nicht weiter belangen, es kann auch alsdann der Verkäufer das Verkaufte zurückfordern [4]). Weiß mein Mitcontrahent die Bewegursache nicht, warum ich mit ihm paciscirt habe, so hat mein Irrthum in Ansehung derselben auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Handels keinen Einfluß. In diesem Falle heißt es: Propositum in mente retentum nihil operatur. Wenn mich also z. B. eine falsche Nachricht, daß eins von meinen Pferden gefallen sey, verleitet hätte, ein anderes zu kaufen, und ich entdecke hernach meinen Irrthum, so kann ich deswegen von dem einmahl abgeschloßenen Handel nicht weiter abgehen [5]). Eben so wenig kann man

4) *L. 5. §. 1. D. de act. emti vend.* Westphals Lehre des gem. R. vom Kauf ꝛc. §. 782.

5) TITIUS in Observat. in compend. Lauterbachian. Obs. 513. REMER in Tract. de vero obligation. valore Sect. I. cap. III. §. 16. STRUV in Diss. de effectu erroris in contractu E. V. Th. 27. Zwar meint PUFENDORF de iur. Nat. et Gent. Lib. III. cap. VI. §. 6. man müsse darauf sehen, ob noch res integra, oder der Handel von beyden Seiten schon vollzogen sey; allein daß es auf diesen Unterschied gar nicht ankomme, hat GUNDLING

man ein Geschenk zurückfordern, welches man dem Empfänger aus der Ursache gemacht hat, weil man geglaubt, er habe sich um uns verdient gemacht, wenn sich auch hernach findet, daß man sich geirret habe [6]).

4) Wenn sich die Paciscenten in der Person geirrt haben, so läßt sich ein doppelter Fall denken. Der Irrthum kann nämlich a) das Individuum der Person betreffen, mit welcher man den Vertrag geschlossen hat. Ich glaubte z. B. mit dem A. zu pacisciren, und aus Irrthum habe ich mit dem B. paciscirt. Hier ist der Irrthum wesentlich, und macht den Vertrag hinfällig, wenn es mir nach der Natur des Vertrags, oder aus andern erheblichen Gründen durchaus nicht gleichgültig seyn kann, ob ich denselben mit der Person, welche ich mir vorstellte, oder mit einer andern geschlossen habe. Dieß ist der Fall bey Eheverträgen, Bevollmächtigungen und denjenigen Contracten, wo es vorzüglich auf die Person ankommt [7]). Ist bey andern Contracten, wo es mehr auf die Sache, worüber paciscirет wird, als auf die Personen ankommt, die den Contract geschlossen haben, z. B. bey einem Kaufcontract, ein Irrthum in Ansehung der Person vorgegangen, so entstehet daraus nicht leicht eine Nichtigkeit [8]), wenn nicht

LING in der oben angeführten Abhandlung §. 12. u. folgg. sehr gründlich gezeigt.

6) *L. 65. §. 2. D. de condict. indeb.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν Centur. I. Qu. 59. p. 49.

7) *Can. un. Caus. XXIX. Qu.* 1. Error personae coniugii consensum non admittit.

8) *Nam in contractibus onerosis*, sagt REMER in tract. de vero obligationum valore Sect. I. cap. III. §. 9. *persona, cum qua* con-

nicht der Irrende ein besonderes Interesse darthun könnte, warum er den Contract mit der Person, mit welcher er denselben aus Irrthum geschlossen hat, nicht halten kann [9]). Der Irrthum kann b) auch die Qualität der Person betreffen. Dieser entkräftet den Vertrag, 1) wenn der Mangel der Qualität überhaupt auf die Fähigkeit zu pacisciren Einfluß hat. Z. B. ich kaufe eine Sache von einem Blödsinnigen, den ich für einen vernünftigen Menschen hielt [10]). 2) Wenn der Mangel der erforderlichen Eigenschaft auf den wesentlichen Zweck oder die rechtlichen Wirkungen des geschlossenen Vertrags Einfluß hat. So macht z. B. Irrthum in Ansehung des Zeugungsvermögens oder des freyen oder ehelichen Standes des Mitpaciscenten einen Ehevertrag nichtig [11]). 3) Wenn die vorausgesetzte persönliche Eigenschaft des Mitpaciscenten eine solche ist, welche der Irrende als ge-

contrahimus, non pertinet absque speciali expressione ad destinationem, quia perinde est, a quanam in dubio rei locatae usum vel rem emtam consequimur. Add. TITIUS in Observat. in compend. Lauterbachian. Ob. 513.

9) STRUV in Diss. de effectu erroris in contractu E. V. Th. 15. sqq. handelt hiervon ausführlich.

10) *L. 2. §. 16. D. pro Emtore.* Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero: constitit, usucapere utilitatis causa me posse: *quamvis nulla esset emtio;* et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec publiciana competit, nec accessio possessionis. Man sehe über diese Stelle Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. §. 679. und BRANCHU Observation. I. R. decad. II. cap. 19. pag. 159.

11) *Can. un. Caus. XXIX. Qu. 1.* Schotts Einleitung in das Eherecht. §. 89.

gewöhnlich vermuthen konnte, weil er sonst den Vertrag mit demselben nicht geschlossen haben würde. Daher vereitelt z. B. Irrthum in Ansehung der Jungferschaft der Braut das abgeschlossene Eheverlöbniß [12]).

Haben sich hingegen die Paciscenten blos in zufälligen Dingen und Nebenumständen geirret, so schadet ein solcher Irrthum der Gültigkeit des Vertrags nichts, sondern es kann der irrende nur allenfalls einen Ersatz des ohne eigene Schuld hierdurch erweißlich erlittenen Schadens fordern. Ein solcher bloß zufälliger Irrthum (error concomitans) ist vorhanden,

a) wenn sich die Paciscenten blos im Namen geirrt haben [13]). Es muß nur der Irrthum das nomen proprium, nicht das nomen appellativum betreffen, weil sonst ein error in corpore daraus entstehet, der den Vertrag ungültig macht [14]).

b) Wenn sich die Contrahenten bloß in Ansehung einer acceßorischen Sache geirret haben, welche neben der Hauptsache obendrein gegeben werden soll. Hier ist ein doppelter Fall möglich. Einmahl, der Mitpaciscent verlangt neben der Hauptsache noch eine Zugabe, weil er geglaubt, sie sey unter dem Gegenstand des Handels begriffen, welches

12) GUNDLING Diss. qua doctr. vulgar. maiorem a feminis quam a viris requirens castitatem sub examen revocatur. §. 13. sqq. REMER cit. loc. §. 9. in fin. Schott a. a. O.

13) *L. 9. §. 1. D. de contrah. emt.* — Nihil enim facit error nominis, cum de corpore constet. Add. *L. 32. D. de Verbor. Obligat.*

14) Vergl. de RETES Opusculor. Lib. I. cap. 24. nr. 3. und *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 18. nr. 1—5.

welches aber der andere nicht gemeint hat. Hier schadet der Irrthum demjenigen, welcher sich deutlicher hätte erklären sollen. Einen dahin gehörigen Fall hat **Leyser**[15]). Zum andern können sich die Paciscenten in dem Individuum der accessorischen Sache geirrt haben, weil mehrere Sachen des Namens vorhanden sind, dergleichen eine als Zugabe ausdrücklich ausbedungen worden ist. Ein Beyspiel hiervon giebt die *L.* 34. *pr. D. de contrah. emt.* und lehrt zugleich, wie in solchem Falle verfahren werde. Si in emtione fundi dictum sit, accedere Stichum servum: neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emtor, de alio venditor senserit; nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed LABEO ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit. Der Irrthum in corpore konnte hier keine Nichtigkeit verursachen, weil er nicht bey der Hauptsache, sondern blos bey der Nebensache vorkam. War also der Handel an sich gültig, so kam es nur darauf an, wessen Absicht, bey dieser Uneinigkeit der Partheyen, zum Grunde zu legen? **Labeo** entscheidet für den Verkäufer; nicht darum, weil, wie **Merillius**[16]) annimmt, der Käufer die Bedingung von der Mitgabe des Stichus gemacht hatte, denn **Averanius**[17]) hat das Gegentheil erwiesen; sondern weil der Verkäufer hier der Schuldner war, dem die Wahl zustehet, wenn unter mehreren Sachen gleiches Namens oder von gleicher Art

15) Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXIX. med. 7. et 8.

16) Variantium ex *Cujacio* Lib. III. cap. 11. Eben der Meinung sind auch *de* RETES Opuscul. Lib. I. cap. 24. nr. 21. und *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LXIII. §. 4.

17) Interpretation. iuris Lib. II. cap. 2. n. 15. sqq.

Art eine überhaupt den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht [18]), wie van de Water [19]) und Averanius [20]) ganz richtig behaupten. Merkwürdig ist es indessen, wenn das Gesetz sagt: eum Stichum deberi, *quem venditor intellexerit.* Der Verkäufer hat also nicht die Wahl, welchen Stichus er jetzt geben will, da von dessen Ablieferung die Frage ist. Nein, es kommt darauf an, welchen Knecht er zur Zeit des abgeschlossenen Contracts für den Käufer bestimmt hatte, welches in Ermangelung eines andern Beweises allenfalls durch Eidesdelation ausgemacht werden kann [21]).

c) Wenn ein Irrthum war in Ansehung der Zahl, des Maaßes oder Gewichts vorgegangen [22]).

d) Wenn

18) *L. 106. D. de Verb. Obligat. L. 25. L. 60. D. de contrah. emt. L. 54. §. 1. D. de action. emti vend.*

19) Observation. iur. Rom. Lib. II. cap. 14. pag. 189.

20) cit. loc. n. 28. sqq.

21) Ueber die *L. 34. pr. D. de contrah. emt.* haben ausser den angeführten Schriftstellern mehrere commentirt, als CUJACIUS Lib. I. Observat. cap. 10. L. IX. cap. 37. et Lib. XXIII. cap. 31. HOTOMANNUS Lib. XIII. Observat cap. 10. *Radulph.* FORNERIUS Lib. III. rer. quotidian cap. 28. *Guil.* FORNERIUS Lib. II. Selectio. cap. 18. CHARONDAS Lib. III. Verisimil. cap. 11. *Ant.* FABER Rational. ad Pandect. h. L. CONSTANTINAEUS Lib. II. subtil. enodation. cap. 16. POTHIER in Pandect. Iustin. T. I. Tit. de contrah. Emt. Nr. XXXVII. Not. k. deren Meinungen *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. II. Thes. Iur. Rom. pag. 27. und Westphal in der Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 34. geprüft haben.

22) S. STRUV Diss. cit. de effectu error. in contractu. E. V. Th. 66. et 67.

d) Wenn sich die Paciscenten in der Art und Güte der Materie geirrt haben. Z. E. das Gold oder Silber ist von schlechterem Gehalt, als die Partheyen geglaubt[23]); oder das Holz ist nicht von der Art, als die Paciscenten sich vorgestellet hatten[24]). Ein solcher Irrthum soll nach den Gesetzen den Handel nicht vereiteln, sondern deshalb nur das Interesse prästirt werden. Jedoch dürfte diese Regel wohl billig in dem Falle eine Ausnahme leiden, wenn der Irrende ein besonderes Interesse darthun könnte, warum die Materie der Sache gerade von der Qualität und Güte seyn müsse, als er sich vorgestellet, und behandelt hat, weil ihm ausserdem dieselbe zu dem Zweck unbrauchbar seyn würde, wozu er sie bestimmt hat[25]).

§. 299.

Fortsetzung der Lehre von den Wirkungen des Irrthums bey Verträgen, und zwar, wenn nur einer von beyden Theilen geirrt hat.

Wenn bey Schliessung eines Vertrags nur der eine Theil allein irrt, so kommt in Absicht auf die Wirkung des Irrthums nicht wenig darauf an, ob derselbe mit einem Betrug des andern Theils verbunden ist, oder nicht. Im erstern Falle, wenn mein Mitcontrahent meinen Irrthum

 ent-

23) *L. 10. D. de contrah. Emt.* Si aurum quidem fuerit; deterius autem, quam emtor existimaret, tunc emtio valet.

24) *L. 21. §. 2. D. de act. E. V.* Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emtionem esse; tamen venditor teneri debet, quanti interest, non esse deceptum. Et *si venditor quoque nesciet;* veluti, si mensas quasi citreas emat, quae non sunt.

25) STRUV cit. Diss. Th. 47.

entweder vorsetzlich veranlaßt hat, oder mich in meinem Irrthum, den er wohl gemerkt, durch betrügliches Stillschweigen, stecken lassen, so treten die oben vorgetragenen Grundsätze vom Dolus ein, und der Vertrag ist entweder ganz nichtig, wenn der dolus causam dans ist, oder ich bin nur befugt, auf Schadensersatz zu klagen, wenn der dolus meines Mitcontrahenten nur incidens ist[26]). Weiß hingegen mein Mitcontrahent von meinem Irrthum nichts, so ist vorzüglich darauf zu sehen, ob derselbe leicht zu vermeiden gewesen, wenn ich es nicht an der gehörigen Erkundigung hätte ermangeln lassen, oder wem ich nur einige Ausmerksamkeit hätte brauchen wollen, (error vincibilis) oder ob der Irrthum, der nöthigen Vorsicht ungeachtet, nicht vermieden werden können (error invincibilis.) In jenem Falle verdient der Irrthum keine rechtliche Nachsicht, und der Irrende hat hier den Schaden, den er leidet, seiner Sorglosigkeit zuzuschreiben[27]). Um jedoch zu beurtheilen, ob der Irrthum verzeihlich oder nicht zu entschuldigen sey, kommt es auf den Grund des Fleißes an, den der Irrende nach der Natur des eingegangenen Contracts anzuwenden schuldig war[28]). Da nun die Gesetze in der Regel

26) *L. 11. §. 5. D. de act. emti vend.*

27) Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire, sagt *L. 203. D. de R. I.*

28) *Christph. Lud.* CRELL in Diss. de ignorantia facti proprii interdum innocua, ad L. 22. D. de condict. indeb. *Vitemb.* 1741. §. 3. pag. 11. sagt: *Ausim affirmare, naturam negotii inprimis aestimandam esse, in quo quis errore et ignorantia se deceptum esse conqueratur: ut, si error in contractu obvenerit, in quo diligentia maxima desideretur, hic demum* ERROR PROBABILIS *et* TOLERANDUS *dici possit, qui surrepserit invito, et curiosissime*

gel nur gewöhnlichen Fleiß erfordern, so ist in dieser Hinsicht jeder Irrthum zu entschuldigen, mit welchem nur kein hoher Grad von Nachläßigkeit verknüpft ist [29]. War der Irrthum unvermeidlich, so ist er entweder in wesentlichen Stücken des Vertrags oder bloß in Nebensachen vorgefallen, wodurch man nicht gerade zur Eingehung des Vertrags bewogen worden ist. Ist ein Paciscent in Ansehung der Hauptsache oder anderer wesentlicher Umstände

 des

sissime investiganti, ut ne culpa quidem levissima errantis accusari posse videatur. Contra, in quibus negotiis diligentiam ordinariam, ut in plerisque, exigimus, quae cum boni patrisfamilias officio coniuncta sit, in his investigationem quidem, sed non scrupulosam et nimis solicitam desideremus, ut ignorantiae excusatio locum invenire possit. — Igitur apparet, ex gradu negligentiae constitui, utrum ignorantia errantis ferenda esse videatur. Sed gradum diligentiae cum in aliis negotiis alium omnino exigamus, non potest esse obscurum pro natura negotii alium atque alium errorem excusatione dignum et probabilem haberi.

29) *L. 15. §. 1. D. de contr. emt.* Ignorantia emtori prodest, quae non in supinum hominem cadit. — *L. 6. D. de iur. et facti ignor.* Nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis: ut nec scrupulosa inquisitio exigenda. Scientia enim hoc modo aestimanda est, ut neque negligentia crassa aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria curiositas exigatur. — *L. 9. §. 2. D. eodem.* Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte LABEO definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam; verum eius, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. T. I. §. 204. NETTELBLADT System. elem. iurisprud. posit. Germanor. comm. general. §. 211.

des Vertrags in einem solchen Irrthum gewesen, daß er den Vertrag zuverläßig nicht geschlossen haben würde, falls er die wahre Beschaffenheit der Sache gewußt hätte, so kann wegen Mangels der Einwilligung das Versprechen des Irrenden nicht gelten. Im leztern Falle hingegen bleibt das Geschäft in seiner Gültigkeit, nur muß der hieraus entstandene Schade dem Irrenden vergütet werden. Ich schließe diese Lehre mit folgenden zwey allgemeinen Bemerkungen.

Erstens: dem Paciscenten, welcher eines vorgefallenen wesentlichen Irrthums wegen auf die Zernichtung des ganzen Handels klagen könnte, stehet es frey, den Vertrag, wenn er will, für gültig anzunehmen, und mit der daraus entspringenden Klage sein Interesse zu fordern. Der Mitcontrahent hingegen, welcher nicht verlezt ist, wenn er sich gleich in eben dem Irrthume befinden sollte, kann aus diesem Grunde keinesweges vom Contract abgehen, sondern ist zur Ersezung des Schadens verbunden [30].

Zweytens: da Irrthum im Zweifel nicht vermuthet wird, so liegt der Beweis derjenigen Parthey ob, welche denselben für sich anführt [31]. Es kann auch deshalb auf den Eid erkannt werden [32].

§. 300.

30) *L. 45. D. de contrah. emt.* STRUV Diff. de effectu erroris in contr. E. V. Th. 55.

31) *L. 4. Cod. de iuris et fact. ignor.* STRUV cit. Diff. Th. 10. HOFACKER cit. loc. §. 205.

32) MASCARDUS de probation. Concl. 882. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Constit. XXII. Defin. 6. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. V. Th. 5. Not. 19.

§. 300. u. 301.

III. Von der Furcht, und ihrem Einfluß auf die Gültigkeit der Verträge.

Zu den Hindernissen der freyen Einwilligung gehört ferner Furcht und Zwang. Unter Furcht verstehet man die Verabscheuung eines bevorstehenden, gegenwärtigen, oder künftigen Uebels. Ulpian [33]) sagt: *Metus* est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. Diese Furcht ist nun entweder von einem andern durch wirkliche Androhung eines Uebels erregt worden, was den Bedroheten treffen soll, wenn er sich nicht nach dem Willen des Drohenden fügt, oder sie bestehet in einer bloßen Einbildung, ohne daß dem sich Fürchtenden von Jemanden ein Uebel gedrohet worden ist. In jedem Falle wird die Furcht in den Gesetzen [34]) *metus praesens*, *metus illatus*, in diesem aber *metus non illatus*, oder *suspicio inferendi eius* genennt. Ist nun der metus illatus, so heißt die wirkliche Androhung eines Uebels, wodurch man jemanden nöthiget etwas zu thun, was er sonst unterlassen haben würde, Zwang (*vis compulsiva*). Diese

 Furcht

33) *L. 1. D. Quod metus causa gest. erit.*

34) *L. 9. pr. D. eodem.* Metus praesens erfordert jedoch nicht nothwendig, daß auch die gedrohete Gefahr gegenwärtig, und das Uebel auf der Stelle ausführbar sey, wie LAUTERBACH in Colleg. Pandect. lib. IV. Tit. II. §. 11. dafür hält. Nein, ein metus praesens entstehet überhaupt aus der Androhung eines Uebels, wenn die zu besorgende Gefahr auch noch entfernt ist, wie LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. LVIII. medit. 1. ganz richtig bemerkt hat. Man vergleiche auch DONELLUS in Commentar. iur civ. Lib. XV. Cap. 39. pag. 818. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 207.

Furcht wird nun ferner entweder von einem solchen erregt, welcher befugt ist, Zwangsmittel zu gebrauchen, wenn der Bedrohete sich seinem Willen widersetzt, oder der, welcher mich in Furcht setzt, ist nicht dazu befugt gewesen. Jene wird eine rechtmäsige Furcht, *metus iustus* [35]), diese hingegen eine unrechtmäsige Furcht, (*metus iniustus*) genennt. Eine unrechtmäsige Furcht kann entweder auf Seiten dessen, der in Furcht gesetzt wird, eitel (*metus vanus*) oder sie kann gegründet seyn (*metus non vanus*, *s. iustus*), je nachdem entweder die Ausführbarkeit des gedrohten Uebels nach der besondern Beschaffenheit desselben oder nach dem besondern Zustande des Drohenden ganz unwahrscheinlich oder wohl gar schlechterdings unmöglich ist, oder nicht. Die Gesetze nennen eine gegründete Furcht metum non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadit [36]). Ob nun aber die Furcht von dieser Art sey, ist theils aus der Grösse des gedrohten Uebels und dessen Ausführbarkeit, theils aus der Beschaffenheit des Bedrohten, seinem Alter, Temperamente, Geschlecht und körperlichen Zustande; theils aus der Beschaffenheit dessen, welcher die Furcht erweckte, zu beurtheilen [37]). Gewöhnlich muß die Drohung eine Gefahr für Leben, Gesundheit, Freyheit oder Ehre befürchten lassen, wenn daraus eine compulsive Gewalt entstehen soll, die meine

35) *L. 3. §. 1. D. eod.* Sed vim accipimus atrocem, et eam, quae adversus bonos mores fiat: non eam, quam Magistratus recte intulit, scilicet iure licito, et iure honoris, quem sustinet.

36) *L. 6. D. eodem.*

37) VOET in Comm. ad Pand. Lib. IV. Tit. II. §. 11. HUBER in Praelection. ad Pand. eod. lib. et tit. §. 2.

meine Willensäusserung bestimmte [38]). Man setze also, daß Jemand Urkunden in Händen hätte, auf denen der Beweis meiner Familien-Rechte, oder meiner freyen Geburt beruhet, und selbige zu vernichten drohete, falls ich ihm eine verlangte Summe nicht geben will, dessen Drohung fürchte ich mit Grund [39]). Eben so rechnen die Gesetze einem Mädchen, die etwas gegeben oder versprochen hat, um sich von angedrohter oder versuchter Schändung zu befreyen, die Furcht als rechtmäsig, an; denn ihre Ehre war in Gefahr [40]). Bey anderen Drohungen, welche keine unmittelbare Gefahr für Leben, Gesundheit, Freyheit oder Ehre besorgen lassen, muß, nach der Beschaffenheit des angedroheten Uebels an sich, und nach dem Verhältniß desselben zu dem Gegenstande der darauf erfolgten Willenserklärung, von dem Richter vernünftig beurtheilt werden, ob dadurch die Einwilligung wirklich erzwungen worden sey? Auch ist, bey Bestimmung des Einflusses der Drohung in den Willen des Bedroheten, zugleich darauf Rücksicht zu nehmen,

38) *L.* 5. *D. quod met. caus.* sagt daher: *Metum* accipiendum, non quemlibet timorem, sed *maioris malitatis.* Einige Ausgaben lesen *mali* statt malitatis, wie z. B. PETRUS *ab* AREA BAUDOZA CESTIUS. Allein die Seltenheit des Worts *Malitas* giebt keinen Grund zur Emendation, zumal da auch in den Basilicis nicht κακῦ, sondern μεγάλης κακοθελέιας gelesen wird, wie schon HILLIGER ad *Donellum* Lib. XV. cap. 38. pag. 1381. bemerkt hat. Uebrigens ist folgender Vers bekannt:
Excusat carcer, status, mors, verbera, stuprum.
S. *L.* 3. *in fin.* *L.* 4. *L.* 8. *D. et L.* 4. *et* 7. *Cod. de his, quae vi metusve caus. gesta.*

39) *L.* 8. §. 1. *D. eodem.*

40) *L.* 8. §. 2. *D. eodem.*

wie der Bedrohte, in seiner Lage und nach der Beschaffenheit seines Zustandes, die Sache angesehen[41]). Denn hatte derselbe wahrscheinliche Gründe, das ihm gedrohete Uebel für ausführbar zu halten, so verdient er allerdings Entschuldigung, wenn auch gleich der Drohende nicht im Stande war, seine Drohung zur Wirklichkeit zu bringen. Ehe ich die Folgen eines durch Furcht erzwungenen Vertrags bestimmen kann, so muß ich zuvor noch einer Eintheilung der **Furcht** gedenken, welche bey Beurtheilung der Gültigkeit oder Ungültigkeit erzwungener Verträge eine vorzügliche Rücksicht verdient. Es kann nämlich die Furcht in Beziehung auf Verträge eben so, wie der Dolus, entweder *metus causam dans* oder *incidens* seyn, je nachdem entweder die Schließung des ganzen Vertrags, oder bloß die gegenwärtige Modification desselben durch die erregte Furcht veranlaßt worden ist[42]). Dieß vorausgesetzt,

41) *L.* 3. *D. Ex quib. caus. maior.* sagt: Quis sit iustus metus *ex affectu metuentis* intelligi debet, *cuius rei disquisitio iudicis est.* Man sehe LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LVIII. med. 3.

42) Daß diese Eintheilung gegründet sey, hat **Cujaz** in Commentar. ad L. 36. D. de Verb. Obligat. gezeigt. Schon CICERO de Officiis Lib. I. cap. 10. redet von Verträgen, die durch Furcht oder Betrug veranlaßt worden sind, auf eine solche Art, als ob bey beyden eben dasselbe Rechtens gewesen wäre; und in der *L.* 14. §. 13. *D. Quod met. causa* sagt **Ulpian** ausdrücklich: Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri. Man setze also, daß der Verkäufer, welcher sein Grundstück zum Verkauf angeboten, von dem Käufer wäre gezwungen worden, dasselbe um einen zu geringen Preiß zu verkaufen, so ist hier der metus nur incidens. *L.* 5. *C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt.*

setzt, so entstehet nun die Frage, was Furcht und Zwang für Einfluß auf die Gültigkeit eines eingegangenen Vertrags habe[43]). Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden. Der Paciscent ist entweder von Jemanden in Furcht gesetzt worden, oder nicht, sondern seine eigene Einbildung hat die Furcht erregt. Im letztern Falle ist der Vertrag gültig, und die vorgegebene Furcht, wodurch der Vertrag soll veranlaßt worden seyn, verdient keine Rücksicht[44]). Dahin gehört auch, wenn die Furcht

43) Man findet diese Frage in folgenden Schriften erörtert: *Ioh. Frid.* RHETII Diss. de metu eiusq. operationibus in iure. (in *Dissertat.* EIUS Vol. II. Nr. 9.) *Nic. Hier.* GUNDLINGII liber. sing. de efficientia metus tum in promissionibus liberarum gentium, tum etiam hominum privatorum, auxiliisque contra metum. *Halae* 1711. 4. *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de exceptione metus iniusti in statu naturali et civili. *Halae* 1720. *Io. Christph.* RUDOLPH Differt. de effectu metus in practis et contractibus. *Erlangae* 1760. Christ. Heinr. Breunings Abhandl. vom Unterschiede des röm. und teutschen Rechts in den Geschäften, so durch unrechtmäsige Furcht veranlaßt worden, in Siebenkees juristischen Magazin 2. Band S. 156. ff. und *Ge. Frid.* WALCH Diss. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex Iure Romano partim ipso iure nullis partim a Praetore rescindendis. *Ienae* 1790.

44) *L. 21. pr. D. Quod met. causa.* Si mulier contra patronum suum ingrata facta, sciens se ingratam, cum de statu suo periclitabatur, aliquid patrono dederit, vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat Edictum, *quia hunc sibi metum ipsa infert.* Verschiedene Rechtsgelehrten erklären zwar diese Stelle de metu iuste illato, als ZASIUS in Paratitl. ad Tit. D. quod met. caus. *Opp.* T. I. p. 41. DUARENUS in Commentar. ad eund. Tit. D. *Opp.* T. I. p. 77. und GUNDLING cit. libr. sing.

Furcht aus bloßem Gefühl der Ehrerbietung gegen eine gewisse Person entspringt, ohne daß solche durch Drohungen, oder Gewalt erregt worden ist, (metus reverentialis)[45]). Im ersteren Falle ist die Furcht entweder von dem Promißar selbst, oder von einem Dritten erregt worden. Ist ersteres, so kommt es wieder darauf an, ob die Drohung

sing. Cap. III. §. 22. Allein die letztern Worte beweisen das Gegentheil. Man sehe RUDOLPH in der angeführten Dissertation Sect. I. §. 7. in Nota, und Sect. III. §. 33. So viel ist indessen nicht zu läugnen, daß, wenn der Patron seine Freygelassene bedrohet hätte, sie wegen der gegen ihn bewiesenen Undankbarkeit wieder in die Sklaverey zurückzuziehen, diese Drohung gerecht gewesen wäre, und ein in dieser Rücksicht angenommnes Geschenk nicht würde haben zurückgefordert werden können, wie DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XV. cap. 39. pag. 818. n. 60. richtig bemerkt hat. Hierher gehört auch *L. 10. Cod. de his, quae vi metusve caus. gesta sunt*, wo es heißt: Accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis, improbum est desiderium. Daß dieses Gesetz von einem solchen Falle zu verstehen sey, wo der Promittens sich vor einer ihm bevorstehenden oder wider ihn schon angestellten Anklage gefürchtet, und, um dieselbe abzuwenden, zu einem Versprechen oder zu einer Veräußerung, ohne alle geschehene Drohung, freywillig war veranlaßt worden, hat DONELLUS a. a. O. gezeigt. Wenn nun aber gleich metus non illatus, quem nullae minae praecesserunt, der Regel nach keine Rücksicht verdient, so macht doch LEYSER in Meditat. ad Pand. Specim. LVIII. med. 3. die Ausnahme, si de periculo imminente aliunde certo constitit.

45) *L. 6. Cod. de his, quae vi metusve caus.* S. *Sam. Frid.* WILLENBERG Diss. de metu reverentiali. *Gedani* 1707. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in preuß. Staaten. VII. Samml. S. 84. nr. 21.

hung desselben, wodurch die Furcht auf Seiten des Promittenten verursacht wurde, rechtmäsig war, oder nicht. Im ersten Falle kann der Vertrag der Furcht wegen nicht angefochten werden [46]). Von dieser Art ist z. B. die Drohung, sich seines Rechts gesetzmäsig bedienen zu wollen, wofern der andere sich nicht zu einer gewissen Prästation in Güte verstehen würde. Das Versprechen, wozu Jemand durch diese Aeusserung bewogen worden, ist keinesweges für ein solches zu achten, was auf eine unrechtmäsige Art erzwungen worden, und daher ungültig wäre [47]). Ist hingegen die Furcht auf eine unrechtmäsige Art erregt worden, so ist wieder zu unterscheiden, ob der Promißar seinen Mitpaciscenten auf eine hinterlistige und betrügerische Art, unter dem Schein des Rechts, in Furcht gesetzt, und dadurch denselben zu seinen Absichten zu bestimmen gewußt hat, oder ob derselbe bey seinen Drohungen geradezu, und ohne eine solche List, zu Werke gegangen ist. Im erstern Falle ist nicht nur das ganze Versprechen, welches sich auf eine solche Concußion [48]) gründet, ungültig, sondern es ist auch

46) RUDOLPH cit. Diss. Sect. II. §. 16. und Sect. III. §. 34.

47) Iuris enim executio non habet iniuriam, sagt *L.* 13. §. *1. D. de Iniur.* S. DONELLUS c. l. n. 30. Beyspiele haben LEYSER cit. Specim. medit. 5. und STRYK in Usu mod. Pandect. Lib. IV. Tit. II. §. 11.

48) Concußion ist eine unerlaubte Erpressung durch erregte Furcht in dem andern, welche ohne angewandte Gewaltthätigkeit unter dem Scheine des Rechts verübt wird. Z. E. Man beschuldiget Jemanden, daß er ein Verbrechen begangen, und drohet ihn mit der Anklage, wofern er uns nicht etwas bestimmtes, welches man von ihm verlangt, geben wird, oder man verleitet Jemanden unter der Bedrohung eines langwierigen

auch der Paciscent, der sich ihrer bedient hat, zur Wiederherausgabe desjenigen, was er auf eine solche unrechtmäsige Art von dem Promittenten erpreßt hat, nebst Ersetzung alles verursachten Schadens, gehalten [49]), wenn auch gleich die verübte Drohung nicht zureichend gewesen wäre, eine gegründete Furcht zu erwecken [50]). Ist hingegen die Furcht ohne Concußion erregt worden, so kommt es darauf an, ob der in Furcht gesetzte Contrahent einen hinlänglichen Grund gehabt hat, sich vor der ihm gedroheten Gefahr zu fürchten, und solche auch nicht anders, als durch Eingehung des abgenöthigten Vertrags, abzuwenden im Stande gewesen; oder ob die gegen denselben gebrauchte Drohung keinen hinlänglichen Grund zur Furcht gab. Im leztern Falle kann der Vertrag, zu welchem Jemand durch eitle Furcht bewogen worden ist, keineswegs für erzwungen geachtet, noch deshalb entkräftet werden [51]), vielmehr hat der

rigen und beschwerlichen Processes zu einem nachtheiligen Vergleiche. VOET in Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XLVII. T. 13. §. 1. sagt daher ganz recht: *Quamvis omnis concussio metum contineat, non tamen vicissim metus omnis concussionem habet, adeoque metus a concussione, ut genus a specie, distinguitur.*

49) *L. 11. et 12. Cod. de his, quae vi metusve causa. L. 1. D. de Concussione. L. 3. C. de condict. ob turpem causam.* Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 195. S. 286. Westphals Criminalrecht 102. Anmerk. §. 7. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen 2. Band S. 452. VOET a. a. O. §. 2.

50) BERGER in Oeconom. iur. Lib. III. Tit. X. Th. 5. Not. 2. und Stelzers Lehrbuch des teutschen Criminalrechts §. 651.

51) *L. 7. pr. D. quod met. caus.* Si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc Edictum non restituitur: quoniam neque

der sich Fürchtende, wenn er dadurch Schaden leidet, solchen seiner eigenen Schuld zuzuschreiben[52]). Vani enim timoris, sagt Celsus[53]), justa excusatio non est. War hingegen die Furcht des Contrahenten gegründet, (si talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in constantem virum[54]), so ist nach dem Naturrecht der ganze Vertrag null und nichtig, wenn solcher durch die erregte Furcht lediglich veranlaßt worden ist, (metus caussam dans); hat hingegen die Furcht nicht den Vertrag selbst, sondern nur die gegenwärtige Modification desselben veranlaßt, (metus incidens) so ist der Vertrag an sich nicht ungültig, sondern nur die widerrechtlich erzwungene Modification desselben ist in Ansehung des dadurch verletzten Paciscenten unverbindlich, und giebt ihm ein Recht, von dem andern deshalb einen Schadensersatz zu fordern[55]). Eben diese Grundsätze befolgten die Römer bey den blosen

neque vi neque metus causa factum est. RUDOLPH cit. Diss. Sect. I. §. 5. et 8.

52) RUDOLPH cit. Diss. Sect. II. §. 17. wo er zugleich den Einwurf einer scheinbaren Ungerechtigkeit hebt. S. auch HOFACKER in Princip. Iur. civ. R. G. T. I. §. 207. nr. II. *Sam. Frid.* WILLENBERG in Selectis iurisprud. civ. P. II. Exercit. Sabbathin. LI. und MÜLLER D. de verbis minitantibus Cap. III. Th. 3.

53) *L. 184. D. de Reg. iur.* Diese Stelle gehört nicht zur Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, denn Celsus handelt in dem siebenten Buch seiner Digestorum von den Contracten, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandectar. de div. Regulis iuris pag. 732. sqq. gezeigt hat.

54) wie P. HONORIUS *III.* sagt in *Cap. 28. X. de Sponsalib.*

55) RUDOLPH cit. Diss. Sect. II. §. 17. Höpfner im Naturrecht §. 78.

sen Verträgen [56]). Nur in Ansehung der eigentlichen Contracte machten sie einen Unterschied, ob sie bonae fidei oder stricti iuris waren. Letztere waren nach dem strengen Recht gültig, wenn sie gleich durch ungerechte Furcht erzwungen worden [57]). Denn solche Contracte beurtheilten die Römer bloß nach ihrer Formel, und was nicht ausdrücklich darin festgesetzt war, darauf wurde gar keine Rücksicht genommen [58]). Man bestand daher um so mehr

56) L. 21. §. 3. *D. quod metus causa.* Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem: quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse. Eben so wird *L.* 13. *D. de Sponsalib.* gesagt: Filiofamilias dissentiente, sponsalia nomine eius fieri non possunt, und in der *L.* 22. *D. de ritu nupt.* heißt es: matrimonium inter invitos non contrahi. Die Worte: Si patre cogente filiusfam. ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, *contraxit tamen matrimonium*, sind nicht entgegen, denn sie sind de metu reverentiali zu verstehen, wie WALCH cit. Diss. Sect. II. §. 20. gründlich gezeigt hat. Daß übrigens die Römer nicht etwa blos diejenigen Verträge allein, wovon die angeführten Gesetzstellen reden, der Furcht wegen für nichtig erklärt haben, sondern daß eben dieses auch bey andern blosen Verträgen Rechtens gewesen, ergiebt sich theils aus einer Constitution des Kaisers Antoninus, welche im Cod. Gregorian. Lib. I. Tit. II. nr. II. beym SCHULTING *in Iurisprud. Antejustinian.* pag. 685. so lautet: *Pacta*, quae *ab invitis* contra leges constitutionesque fiunt, *nullam vim habere*, indubitati iuris est, theils aus einer Verordnung der Kaiser Valens und Valentinian in *L.* 4. *Cod. Theod. de pactis*, wo es heißt: *Pacta* quidem per vim et metum apud omnes satis constat *cassata viribus* esse respuenda.

57) §. 1. *I. de Exception. L.* 5. *Cod. de inutil. stipulat.*

58) Breuning in der angef. Abhandl. §. 6.

mehr auf ihre Gültigkeit, je mehr man sich aus der stoischen Philosophie überzeugt hatte, daß der Zwang die Einwilligung nicht aufhebe [59]). Solche Contracte mußten daher von dem Prätor, mittelst der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, aufgehoben werden, wovon in dem zweyten Titel des vierten Buchs der Pandecten ausführlicher gehandelt wird. Mit den bonae fidei Contrakten verhält sich die Sache anders [60]). Bey diesen sahe man bloß auf Billig-

59) So z. B. sagt Paulus *L.* 21. §. 5. *D. quod met. causa.* Quamvis, si liberum esset, noluissem, *tamen coactus volui.* S. ECKHARDI Hermenevt. iuris Lib. I. Cap. IV. §. 136.

60) Diese Lehre ist zwar nicht ausser Streit, denn mehrere berühmte Rechtsgelehrten behaupten, daß auch b. f. Contracte nach dem strengsten Recht gültig gewesen, und dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe gesucht werden müssen; als BACHOVIUS ad τα Πρωτα Tit. quod met. causa pag. 1004. in fin. et sqq. HUBER in Praelect. ad Pandect. eod. Tit. §. 3. LAUTERBACH in Colleg. Th. pract. Pandect. Lib. IV. Tit. II. §. 22. sqq. VOET in Commentar. ad Pandect. eod. Libr. et Tit. §. 2. COCCEJUS in Iure Civ. Controv. eod. Tit. Qu. 2. RHETIUS in Diss. de metu Cap. II. §. 1. et 2. u. a. m. Allein NOODT in libr. de forma emend. doli mali cap. 16. *Ian. a* COSTA in Commentar. in Decretales Gregorii IX. Lib. I. Tit. 40. pag. 250. sqq. RUDOLPH cit. Diss. de effectu metus in pactis et contr. Sect. III. §. 35. DOMPHIERRE *de* JONQUIERES in Specim. de Restitutionibus in integrum Tit. II. §. 17. pag. 93. sqq. *Christ. Gottl.* BIENER in Historia iuris civ. de restitutionibus in integrum *Lipsiae* 1779. Cap. VI. pag. 28. *G. Er.* WALCH cit. Diss. de negotiis et actibus vi metuve extortis ex Iur. Rom. partim ipso iure nullis, partim a Praetore rescindendis Sect. I. §. 3. sqq. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. c. I. pag. 335. Not. h. und *Chr. Guil.* WEHRN in doctr. iuris explicatr. principior. et

Billigkeit, und die freye Einwilligung der Contrahenten wurde zur Substanz derselben erfordert [61]). Sie waren also schon an sich selbst nichtig, wenn sie durch ungerechte Furcht veranlaßt worden [62]). Jedoch konnte man sich auch bey solchen Contracten des prätorischen Rechtsmittels mit Vortheil bedienen, wenn die ordentliche Klage aus dem Contract entweder nicht hinreichte, um das Seinige wieder zu erhalten, oder das prätorische Rechtsmittel sonst vortheilhafter war [63]), wovon in Tit. 2. des IV. Buchs ein mehreres vorkommen wird. Daß heutiges Tages aller Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten wegfalle, ist schon oben (S. 127.) bemerkt worden. Alle Contracte sind in Deutschland bonae fidei, und daher an sich nichtig, wenn sie durch ungerechte Furcht erzwungen worden sind [64]).

Ist

et causar. damni. Cap. II. § 5 Not. 37. pag. 41. sqq. haben jene Meinung so gründlich widerlegt, daß man sich billig wundern muß, wie dennoch einige neuere berühmte Rechtsgelehrten ihr haben beypflichten können.

61) *L. 116. pr. D. de Reg. iur.* Nihil *consensui* tam contrarium est, *qui bonae fidei iudicia sustinet*, quam *vis* et *metus*, quem comprobare contra bonos mores est.

62) *L. 1. Cod. de rescind. vendit.* Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est. *Malae fidei enim emtio irrita est.*

63) *L. 3. 4. et. 5. Cod. de his, quae vi metusve caus. gesta sunt. Ian. a* COSTA in Comment. ad Decretales cit. loc. pag. 253. NOODT cit. libr. cap. 16.

64) S. RUDOLPH cit. Diss. Sect. III. §. 40. Breuning in der angef. Abhandl. §. ult. Zwar ist COCCEJUS in I. C. C. c. l. pag. 336. anderer Meinung: allein EMMINGHAUS ad Eundem Not. i.

hat

Ist die Furcht von einem Dritten erregt worden, welcher nicht Mitpaciscent ist, so war die Drohung entweder gerecht, oder ungerecht. In dem erstern Falle, wenn z. B. die Obrigkeit durch rechtmäsige Drohungen und Zwangsmittel Jemanden zur Erfüllung seiner Schuldigkeit anhält, und dieser, um ferneren Unannehmlichkeiten zu entgehen, hierdurch genöthiget wird, mit einem Dritten ein Geschäft einzugehen, so ist der Vertrag nicht ungültig [65]; gesetzt auch, daß der Schuldner, weil ihn die Noth drängte, das Seinige etwas wohlfeiler hätte verkaufen müssen, als sonst geschehen seyn würde [66]). Ist hingegen die Furcht von einem Dritten durch widerrechtliche Drohungen erregt worden, so gab dieselbe entweder nur die Gelegenheit, zur Schließung eines Vertrags, welchen der Drohende selbst nicht beabsichtigte, oder der Drohende hat denselbigen Vertrag intendirt, welcher der Furcht wegen eingegangen worden ist. Im erstern Falle schadet die Furcht der Gültigkeit des Vertrags nichts, und findet dagegen nicht einmal eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand statt,

M 2 weil

hat ihn bündig widerlegt. Auch schon das canonische Recht erklärt alle durch ungerechte Furcht erzwungene Geschäfte für nichtig. *Cap. 2. et 4. X. de his, quae vi met. caus. fiunt. Cap. un. eod. in Vlto.* GUNDLING in Tract. de efficientia metus Cap. IV. und BÖHMER in Diss. de exceptione metus iniusti. Cap. III. §. 3. sqq.

65) *L. 3. D. quod met. caus.* MEVIUS Part. II. Decis. 41. GUNDLING cit. libr. Cap. III. §. 21.

66) *L. 12. C. de rescind. vendit.* Es muß jedoch das *non* vor den Worten *viliori pretio* billig mit Cujaz weggestrichen werden, wie auch Westphal vom Kauf rc. §. 26. bemerkt hat.

weil hier die Läsion nicht aus dem Pactum entspringt [67]). Im letztern Falle kommt es wieder darauf an, ob der Promißar darum gewußt hat, daß Promittent zu dem Vertrag gezwungen worden ist, oder nicht. Ist das erstere, so ist der Vertrag ungültig, wenn nur sonst die Furcht nicht ungegründet war [68]). Ist hingegen letzteres, so ist der Vertrag

67) *L. 9. §. 1. in fin D. quod. met. caus.* Eleganter POMPONIUS ait, si, quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer, vel liberarem, aliquid a te accepero, vel de obligavero: non debere me hoc Edicto teneri, nisi ipse hanc tibi vim summisi. Caeterum si alienus sum a vi, teneri me non debere: ego enim operae potius meae mercedem accepisse videor. Hierher gehört auch *L. 34. §. 1. D. de donation.* Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, *haec donatio irrevocabilis est*; non merces eximii laboris appellanda est: quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit. Diese letztere Stelle ist aus PAULI Sentent. Recept. Lib. V. Tit. XI. §. 6. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 475.) genommen, jedoch vom Tribonian interpolirt. Uebrigens sind die Ausleger über die Leseart und Erklärung dieser Stelle nicht einig. S. RUDOLPH cit. Diss. Sect. III. §. 30. und besonders WALCHII Introductio in controversias I. Civ. Sect. III. Cap. III. Membr. 1. §. 13. Not.*).

78) *L. 5. Cod. de his, quae vi metusve causa.* Non interest, a quo vis adhibita sit patri et patruo tuo, utrum ab emtore, an vero SCIENTE EMTORE ab alio, ut vi metuve possessionem vendere cogerentur. Verschiedene Rechtsgelehrten wollen jedoch die Worte *sciente emtore* für einen unächten Zusatz halten, weil sie in den *Basilicis* Lib. X. Tit. 2. Tom. I. pag. 594. fehlen. S. SCHULTING Enarrat. part. prim. Digest. Lib. IV. Tit. II. §. 5. und DOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Restitut. in integr. Tit. II. §. 23. pag. 106. Allein man sehe RUDOLPH cit. Diss. §. 36. u. §. 37.

trag entweder schon erfüllt, oder nicht. Im letztern Falle kann sich der Promittent gegen einen jeden, der ihn aus dem Versprechen belangt, mit der exceptione metus schützen[69]). Im ersteren Falle hingegen ist der Contract nicht schlechterdings ungültig, sondern der Promißar muß sich an den halten, der ihn durch widerrechtliche Gewalt in Schaden gesetzt hat. Sollte jedoch von diesem nichts zu erhalten seyn, so kann auf solchen Fall dem lädirten Contrahenten die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht abgesprochen werden[70]). Ich bemerke nur noch zum Schluß dieser Lehre,

1) daß bloße Persuasionen ein Versprechen nicht entkräften, wenn nicht Betrug damit verbunden ist[71]);

2) daß auch ein erzwungenes Versprechen durch eine nachher erfolgte freiwillige, ausdrückliche oder stillschweigende, Genehmigung gültig wird. Dahin gehört, wenn Promittent das Versprechen freywillig erfüllt, oder zur Sicherheit desselben Bürgen stellt, oder Pfänder giebt[72]).

3) daß ein Vertrag durch ungerechte Furcht erzwungen worden sey, muß von dem erwiesen werden, der solches behauptet, und aus diesem Grunde auf die Aufhebung desselben dringt. Dieser Beweis muß um so bündiger geführ-

 ret

69) *L. 4. §. 33. D. de doli mali et met. except.*

70) *L. 14. §. 3. D. quod met. causa. I. H.* BOEHMER in Tract. de matrimonio coacto. Cap. I. §. 11.

71) STRYK D. de iure persuasionis. LEYSER Specim. XLII. medit. 2. Vol. I. pag. 429.

72) *L. 2. L. 4. Cod. de his, quae vi metusv. caus.* HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 208. Not. b. p. 164.

ret werden, je mehrere Vermuthungen demselben entgegen stehen [73]).

§. 302.

IV) Von der Simulation, und deren Wirkung bey Verträgen.

Die Einwilligung der Paciscenten muß endlich auch aufrichtig und im Ernst erklärt seyn. Ein Scheinvertrag, den die Paciscenten im Ernst nicht haben schließen wollen, ist ungültig, und so gut als keiner [74]), insofern ihn die Gesetze nicht etwa als ein Mittel vorschlagen, sein Recht zu erhalten [75]). Haben die Paciscenten unter dem Schein-

73) *L. ult. pr. D. quod. met. caus* MASCARDUS de Probationib. Conclus. MLVI. n. 12. Tom. III. pag. 147. und besonders BOMPIERRE *de* JONQUIERES Specim. de Restitutionib. in integr. Tit. II. §. 21. pag. 102. sqq.

74) *L. 55. D. de contrah. Emt.* Nuda et imaginaria venditio pro non facta est. *L. 54. D. de obligat. et action.* Contractus imaginarii iuris vinculum non obtinent. *L. 21. Cod. de Transact.* Quae simulate geruntur, pro infectis habentur. *Ge.* SCHUBART Disp. de contractu simulato. *Ienae* 1692. *Henr.* COCCEJI Diss. de Simulatione. *Francof.* 1693. a COCCEJI Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Quaest. 52. *Io. Sim. Franc. de* LICHTENSTEIN D. de simulatione circa matrimonium. *Goettingae* 1745.

75) Ein Beyspiel giebt *L. 66. L. de iure dot.* Si usufructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, doris nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri: quoniam diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est, ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis

Scheinhandel ein anderes Geschäft versteckt, so gilt die Regel: plus valet id, quod agitur, quam quod simulate concipitur[76]). Es kommt also darauf an, was die Partheyen für einen Vertrag wirklich haben abschliessen wollen, dieser gilt, sofern er nichts wider die Gesetze enthält. Wenn

 ich

tatis reuersurum usumfructum. Quidam ergo *remedii loco* recte putaverunt introducendum, ut vel *locet* hunc usumfructum mulieri maritus, vel *vendat nummo uno:* ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat. Nach getrennter Ehe mußte dos zurückgegeben werden. Allein hier hatte ein Extraneus die Nutznießung eines Grundstücks dem Ehemann zum Heyrathsgut gegeben, und sich den Rückfall nicht ausdrücklich vorbehalten. Folglich hatte die Frau ein Recht darauf erworben. Dieser konnte aber dennoch der usufructus nicht cedirt werden, weil ihr die Proprietät des Grundstücks nicht gehörte. Ein Scheinkauf oder Pacht schien also hier das einzige Mittel zu seyn, das Recht der Frau zu erhalten. S. *L.* 57. *D. Soluto matrim.* Man vergleiche *Iac.* CONSTANTINAEUS Subtil. Enodation. Lib. I. cap. 15. in *Thes. Ottonian.* Tom. IV. pag. 508. sqq. *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. III. cap. 11. pag. 330. sqq. *Greg.* MAJANSIUS in Commentar. ad triginta ICtor. omnia fragm. pag. 327. *Henr.* BRENKMANN Diatr. de Eurematicis Cap. XII. pag. 258. sqq. Da man jedoch auch salvo usufructus iure, einem andern den Genuß der Früchte umsonst überlassen kann, so ist nicht abzusehen, warum nicht usufructus eben so gut durch eine wahre Schenkung der Frau nach getrennter Ehe hätte überlassen werden können. Man sehe *L.* 12. §. 2. und *L.* 38. *D. de Usufructu,* auch *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano. pag. 596. sq. Ein anderes Beyspiel aus der *L.* 27. *D. depositi* führt *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. II. Tract. I. in *Thesaur. Meermann.* T. IV. pag. 80. an.

76) *Tot. Tit. Cod. plus valere, quod agitur.* (IV. 22.)

ich also Jemanden eine Sache schenken will, zum Schein aber sie ihm verkaufe, und daher entweder eine solche Kleinigkeit dafür nehme, die gar nicht als ein Kaufpreis gelten kann; (unus nummus) oder zwar einen billigen Preiß bestimme, mich aber reversire, daß ich ihn nicht fordern wolle, so gilt die Schenkung, nicht der simulirte Kauf[77]). Man setze aber, der Kauf sey darum simulirt worden, um eine Schenkung unter Ehegatten dadurch zu bemänteln; so gilt weder Kauf noch Schenkung[78]). Hat Jemand bey Schliessung eines Handels zum Schein eines andern Namen gebraucht, so verpflichtet zwar diese Simulation den nicht, der sich ihrer bedient hat, selbige zum Vortheil des andern wider sich als Wahrheit gelten zu lassen[79]); allein ist die Ver-

77) *L. 36. et 38. D. de contrah. Emt. L. 46. D. Locati L. 3. Cod. de contrah. Emt. L. 9. C. eodem.* S. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. I. cap. 29. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 5. Ist eine Schenkung in einen Scheinkauf eingekleidet worden, so wird auch, wie Hermogenian *L. ult. D. pro donato* lehrt, die Sache nicht pro emtore, sondern pro donato usucapirt. S. FINESTRES in Hermogeniano pag. 593. In einem solchen Falle kann auch kein Retract ausgeübt werden; man sehe Walchs Näherrecht 1. B. 3. Hauptst. 2. Abschn. §. 18. S. 158.

78) *L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 32. §. 24. et 25. L. 52. D. de donation. inter Vir. et Uxor.*

79) *L. 5. Cod. Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine.* Cum propria pecunia tua te comparante possessionem quondam uxoris tuae nomen tandummodo accommodasse dicas, eandemque occasione custodiae suae commissorum instrumentorum contra bonam fidem proprietatem eiusdem fundi usurpasse dicas: rector provinciae pro sua exercitatione cognitum habens, donationem a non domina, uxore tua, in

Verstellung zu eines Dritten Nachtheil gebraucht worden, so ist dies eine Gefährde, wider welche der Dritte durch den Richter geschützt werden muß [80]). In diesem Falle kann zuweilen der Dritte auf die Erfüllung desjenigen klagen, was eigentlich nur zum Schein, um ihn zu hintergehen, versprochen worden ist [81]). Uebrigens wird jedoch im Zweifel

 keine

in filiam suam collatam, nullum praeiudicium dominio tuo attulisse: docenti tibi, veritatem precibus tuis adsistere, restituere eandem possessionem, habita etiam fructuum taxatione, curabit. Der Mann hatte beym Erkauf eines Grundstücks der Frauen Namen gebraucht. Diese hatte auch die Documente darüber im Beschluß gehabt. Sie benutzte diese Gelegenheit, und schenkte das gekaufte Grundstück, als ob es ihr wirkliches Eigenthum wäre, ihrer Tochter, da es doch nur eine Simulation gewesen. Nach getrennter Ehe wollte der Mann das Grundstück vindiciren. Dieß hatte kein Bedenken, wenn er sein Vorgeben beweisen kann. S. **Westphals** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf §. 779.

80) *L. 7. §. 9. D. de pactis. L. 49. pr. D. de act. emti venditi* **Westphal** a. a. O. §. 5.

81) Einen merkwürdigen Fall hat LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XLII. med 5. Ein junger Mensch warb um ein reiches Mädchen. Um ihr Jawort desto gewisser zu erhalten, beredete er seine Mutter, ihm eine ansehnliche Summe zur Mitgift zu verschreiben, stellte ihr jedoch einen Revers aus, daß er diese Summe nie von ihr fordern wolle. Durch diesen Betrug bekommt er die Braut. Nach einigen Jahren stirbt der junge Ehemann, und bald nach ihm seine Mutter. Die Witwe fordert nun von den Erben ihrer Schwiegermutter das ihr in den Ehepacten verschriebene Gegenvermächtniß. Man setzt ihrer Klage den Revers ihres verstorbenen Mannes entgegen; allein dieser konnte ihr nicht präjudiciren. Denn die Mutter hatte sie durch die zum Schein ver-

keine Simulation vermuthet; sie muß also von dem, welcher sie vorschützt, erwiesen werden[82]). Ist dieß geschehen, so ist der ganze Scheinvertrag nichtig, wenn gleich der Einrede der Simulation ausdrücklich wäre entsaget worden[83]).

§. 303.

Der Gegenstand des Vertrags muß 1) bestimmt seyn. Ausnahmen dieser Regel. Vom Vertrage über ungewissen Gewinn. Erklärung der *L. 8. D. de contrah. Emt. L. 12. D. de act. Emti Vend.* und *L. 39. §. 1. D. de Contr. Emt.*

Soviel hiernächst der Gegenstand des Vertrags betrift, so muß derselbe 1) bestimmt seyn. Ein Versprechen, welches auf nichts Gewisses gerichtet ist, ist ungültig[84]). Denn der Promittent giebt dadurch zu erkennen, daß er nicht die Absicht habe, sich verbindlich zu machen, und da man nicht weiß, was er gemeint hat, so thut er seinem Versprechen ein Genüge, wenn er auch etwas giebt, was gar keinen oder nur einen geringen Werth hat[85]).

Dahin

verschriebene hohe Ehesteuer blos zur Eingehung der Ehe und gleichmäßiger favorabler Ehepacten zu vereiteln gesucht. Diese Gefährde konnte ihr nicht zu Statten kommen. Es wurde also für die Klägerin gesprochen.

82) *L. 6. et* 18. §. 1. *D. de probat.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXIII. Th. 62. Not. e. pag. 1574. MASCARDUS de probation. Conclus. 439. Walchs Näherrecht. 1. B. 3. Hptst. 2. Abschn. §. 18. Not. 2.

83) COCCEJI Disputat. cit. §. 27. sqq. BRUNNEMANN ad Codic. Lib. II. Tit. 20. L. 2. n. 8.

84) L. 1. *Cod. de dot. promiss.*

85) *L. 52. D. mandati. Christ.* THOMASII Diss. de obligatione ex promissione rei incertae. *Halae* 1715.

Dahin gehört a) wenn das Versprechen auf ein bloses Compliment hinaus läuft. Z. B. ich verspreche Jemanden, daß ich bey Gelegenheit für ihn sorgen will, oder ich mache Einem das Compliment: ich selbst und mein ganzes Vermögen stünden allezeit zu seinem Befehl [86]). b) Wenn eine fungible Sache, die durch Zahl, Maas, oder Gewicht bestimmt wird, ohne Bestimmung der Quantität und Qualität versprochen worden ist. Z. B. Wenn ich Jemanden Getraide, oder Wein oder Holz versprochen habe, ohne zu bestimmen, was und wieviel er haben soll, so ist das Versprechen unverbindlich [87]). c) Wenn ein genus versprochen worden, und dieses so allgemein ausgedrückt ist, daß es auch Dinge unter sich begreift, die zu nichts dienen, z. B. ich verspreche einem ein Thier. Ist das genus nicht so allgemein ausgedrückt, z. E. ich verspreche einem ein Pferd, ein Haus, ein Grundstück; so ist es zweifelhaft, ob das Versprechen gültig sey? **Papinian** verneinet dieses an mehreren Orten. So sagt er *lib. IV. Responsorum* [88]): Fundo non demonstrato, nullam esse stipulationem fundi constat; und *lib. 2. Quaestionum* [89]): Imperfecta erit stipulatio si fundum

86) SCHOEPFER de verbis honoris. THOMASIUS in Diss. cit. §. 21. sqq.

87) *L. 115. pr. D. de Verbor. obligat.* Imperfecta erit stipulatio, non secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem. Add. *L. 94. D. eodem. Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 15.

88) *L. 69. §. 4. D. de iure dot.*

89) *L. 115. pr. D. de Verb. Obligat.*

dum dari non adiecto nomine, stipulatus essem. Ulpian hingegen scheint das Gegentheil zu lehren, wenn er *lib.* 22. *ad Edictum*[90]) sagt: Si quis fundum sine propria appellatione, vel hominem generaliter sine proprio nomine, aut vinum frumentumve sine qualitate dari sibi stipulatur: incertum deducit in obligationem. Daß hier von gültigen Stipulationen die Rede sey, aus denen nur keine condictio certi, sondern ein actio incerti ex stipulatu entspringt, hat schon Averanius[91]) bemerkt. Ich glaube, es kommt darauf an, ob der Promissor selbst dergleichen Sachen besitze, welche das versprochene genus unter sich begreift, oder nicht. Im erstern Fall halte ich das Versprechen nach Ulpians Meinung für gültig. Denn im Zweifel kann nicht vermuthet werden, daß Promittent nur habe scherzen wollen, weil Verträge in der Absicht geschlossen werden, sich zu verpflichten, und dem andern ein Recht zu übertragen. Man muß daher ein Versprechen im zweifelhaften Falle so erklären, daß es bestehen kann[92]). Hat also Jemand dem andern ein Pferd, oder ein Haus versprochen, und Promittent hat eins oder mehrere Pferde oder Häuser, so ist er schuldig, eins davon zu übergeben. Welches aber? bleibt seiner Wahl billig überlassen[93]). Im letzteren

90) *L.* 75. §. 1. *D. eodem.*

91) Interpretat. iuris Lib. IV. Cap. 14. nr. 2. S. auch WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. Lib. XLV. Tit. I. §. 7. et 8.

92) *L.* 80. *D. de Verbor. Obligat.* Quoties in stipulationibus ambigua oratio est: commodissimum est id accipi. quo res, qua de agitur, in tuto sit. S. THOMASIUS cit. Dissert. §. 31.

93) *L.* 106. *D. de Verb. obligat.*

letzteren Falle hingegen hat unstreitig **Papinian** recht, weil hier der Gegenstand des Versprechens ganz ungewiß ist. Denn Häuser und Grundstücke erhalten ihre willkührliche Bestimmung von Menschen [94]). Auch das Wort fundus hatte bey den Römern eine sehr verschiedene Bedeutung [95]), und konnte auf eine Kleinigkeit reducirt werden. Ein Pferd hat zwar seine Bestimmung von der Natur. Daher behaupten auch verschiedene Rechtsgelehrten, daß das Versprechen gültig sey, wenn das unbestimmte genus seine Bestimmung von der Natur habe [96]). Allein in den Gesetzen ist diese Ausnahme nicht gegründet, und es könnte ja auch hier der Promittent leicht durch Ueberlieferung eines Pferdes, welches von gar keinem Werth ist, sich seines Versprechens entledigen [97]). Soll also ein Versprechen gültig seyn, so ist zwar nicht erforderlich, daß der Gegenstand desselben müsse individualiter bestimmt seyn, sondern es muß nur wenigstens auf eine solche Art bestimmt seyn, daß man daraus siehet, was der Promittent gemeint hat, und also derselbe das Versprechen durch seine Wahl und Willkühr nicht vereiteln kann; es mag übrigens ein Individuum, oder eine gewisse Quantität, oder ein bestimmtes genus, oder ein gewisses factum der Gegenstand des Vertrags

94) *L.* 24. §. 3. *D. de Legat. I.* Nostra destinatione fundorum nomina et domus, non natura constituuntur.

95) Man vergleiche nur *L.* 60. *L.* 115. und 211. *D. de Verbor. Significat.*

96) CUJACIUS ad lib. 4. Responsor. Papiniani. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 14. nr. 1. GOEDDAEUS in Commentar. ad L 60. D. de Verbor. Significat. Axiom. II. n. 8.

97) THOMASIUS cit. Diss. §. 35. et 44.

trags ausmachen. Es giebt indessen Ausnahmen, da auch ein unbestimmtes Versprechen verbindlich ist; nämlich 1) wenn entweder das Gesetz selbst oder das Herkommen schon bestimmt hat, was Promittent zu leisten schuldig ist. Dahin gehört, wenn der Vater seiner Tochter eine Brautgabe versprochen hat, so ist das Versprechen verbindlich, wenn gleich das Heyrathsgut weder der Qualität noch der Quantität nach bestimmt worden; weil schon die Gesetze selbst den Vater zur standesmäßigen Ausstattung seiner Töchter verpflichten, wenn er auch kein Heyrathsgut versprochen hat [98]). Der Richter muß das Quantum, den Umständen und der Billigkeit gemäß, bestimmen [99]). 2) Wenn Promittent die Bestimmung desjenigen, was er prästiren will, auf sein billiges Gutbefinden gestellet hat. Hier entscheidet der Richter ebenfalls nach den Regeln der Billigkeit [100]). Z. B. wenn ein Dritter, der nicht der Vater ist, einen Brautschatz nach Gutbefinden zu geben versprochen hat, so gilt das Versprechen, wenn gleich die Qualität des Heyrathsgutes so wenig, als die Quantität bestimmt

98) *L. 69 §. 4. D. de iure dot.*

99) AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. IV. cap. 15. n. 9. et 10.

100) *L. 24. pr. D. locati. L. 75. 76. 78. et 79. D. pro socio. L. 7. D. de contrah. emt. vendit. L. 12. D. de Reg. iur.* Hätte der Promittent den Gegenstand des Versprechens blos in seinen Willen gestellet, so wäre freylich das ganze Versprechen unverbindlich. Z. B. *Si voluero, decem dabo.* Neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus, sagt *L. 7. pr. D. de contrah. Emt.* Vid. *Pet.* BELLOJI Varior. iuris civ. Lib. III. cap. V. n. 5. Tom. IV. *Thes. Meermann.* pag. 700.)

stimmt ist. Dem Promissar steht in diesem Falle eine Klage zu, wenn Promittent sein Versprechen nicht erfüllt, und der Richter wird das Quantum nach den Regeln der Billigkeit bestimmen. Videtur enim boni viri arbitrium stipulationi insertum esse [1]). 3) Gilt auch der Vertrag, wenn der Gegenstand desselben in Beziehung auf etwas anders bestimmt worden, durch dessen Vergleichung selbiger gar leicht zur Gewißheit gebracht werden kann [2]). Z. E. ich verkaufe Einem meinen Getreidevorrath, der auf meinem Boden sich befindet, um den Marktpreiß. 3) Wenn die Bestimmung des Gegenstandes einem Dritten überlassen worden, und dieser nicht nur gewiß ist, sondern auch die Bestimmung des Gegenstandes übernimmt, und seine Taxe nicht wider die Regeln der Billigkeit streitet [3]). Ist der Dritte nicht bestimmt, z. B. ich verspreche einem, für sein Pferd zu bezahlen, was ein sachverständiger Mann für billig halten wird, und die Contrahenten können sich über die Person des Dritten nicht vereinigen, so wird nichts aus dem Handel [4]). Eben so ist es, wenn der Dritte die Bestimmung des Preises nicht übernehmen will [5]). Es ist übrigens einerley, ob die Sache, worüber paciscirt wird, schon zur Zeit des Vertrags existirt, oder noch zukünftig ist, denn auch über künftige noch ungewisse Dinge kann ein Ver-

1) *L. 3. Cod. de dot. promiss.*

2) *L. 75. §. 5. D. de verbor. obligat.*

3) THOMASIUS cit. Diss. §. 34.

4) *L. 25. D. Locati.*

5) *L. ult. Cod. de contrah. emt.*

Vertrag geschlossen werden, wenn nur eine Hoffnung vorhanden ist, daß sie zur Wirklichkeit kommen werden. Man nennt einen solchen Vertrag, der über einen Gegenstand, dessen Daseyn noch ungewiß ist, und von einer Casualcondition abhangt, geschlossen wird, eine *Conventionem spei* [6]. Es sind hier zwey Fälle denkbar. Der Vertrag kann entweder solche ungewisse Dinge zum Gegenstand haben, deren Gewinn von einem bloßen Glückszufall abhangt, der eben so oft trügen, als sich ereignen kann; oder der Vertrag betrift solche Dinge, deren Wirklichkeit wenigstens nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur ordentlicher Weise gehoft werden kann. Im erstern Falle wird der Vertrag eine *conventio spei simplicis*, im leztern aber *conventio rei speratae* genannt. Z. B. wenn ich einem Fischer, der sein Netz auswirft, für diesen Fischzug einen Thaler verspreche, so ist dieser Handel ein Vertrag über die blose Hofnung eines ungewissen Gewinnes. Wenn ich aber einen Vertrag über künftige Früchte, die noch erst wachsen und reifen sollen, schließe, so ist dieses ein Vertrag über eine gehofte Sache [7]. Der Unterschied bestehet darin, daß

6) **Hiervon haben geschrieben** *Adr.* BEIER Diss. de spe. *Ienae* 1661. *Ge. Heinr.* WEIDMANN Diss. de emtione spei Altorf. 1678. *Io. Sam.* STRYK Diss. de eod. arg. WILLENBERG Diss. de spe vendita. *Henr. Melch.* SCHÜTTE Diss. de eo, quod iustum est circa venditionem rerum futurarum. *Erf.* 1743. *Io. Ulr. de* CRAMER Spec. nov. iuris naturalis de aequitate in probabilibus exemplo emtionis spei illustrata. Edit. 2. *Erlangae* 1754. Ernst Christ. Westphals rechtl. Abhandlung von dem Handel über künftigen ungewissen Gewinn. Halle 1783. 4.

7) LINCK D. de differentia spei et rei speratae in emt. venditione. *Casp. a* RHEDEN de emtione spei et rei speratae.

daß beym Vertrag einer bloßen Hoffnung sich's beyde Theile müssen gefallen lassen, es falle die Hoffnung aus, wie sie wolle. Bekommt also der Käufer gar nichts, so muß er doch das versprochene Kaufgeld geben [8]). Bekommt er aber auch einen ausserordentlichen Gewinn, so muß ihm auch diesen der Verkäufer für das bedungene Geld überlassen, wenn solcher auch den Kaufpreis noch so weit übersteigen sollte [9]). Denn

8) *L. 8. §. 1. D. de contrah. emt.* Aliquando et sine re venditio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur. Quod fit, cum captus piscium vel avium emitur. Emtio enim contrahitur, *etiamsi nihil* inciderit: *quia spei emtio est.* — *L. 11. §. ult. D. de act. emti vend.* Cum futurum iactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe, etiamsi nihil capit, nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit. *Panthera* heißt hier so viel als rete aucupatorium, ein Vogelgarn. S. DUCKER de Latinitate ICtor. veter. pag. 400. sq. *Indago* und plagae sind die Jägernetze und Vorhänge, womit man den District umziehet, worin ein Treibejagen angestellt wird.

9) *L. 12. D. de act. emti vend.* Si iactum retis emero, et iactare retem piscator noluit, incertum eius rei aestimandum est. Si, quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id aestimari debet, quod extraxit. So wenig der Verkäufer durch Unterlassung des Fanges den Handel rückgängig machen darf, so wenig darf er dem Käufer das Gefangene vorenthalten, wenn er etwa viel mehr an Fischen gefangen, als der Käufer an Gelde versprochen, und ersterer sich weigern sollte, den ganzen Fang für das wenige Geld zu geben. Wenn nun gleich das Gesetz in solchem Falle den Käufer berechtiget, durch Vergütung des Werths der Fische, Entschädigung zu verlangen, so ist doch dieses billig nur von dem Falle zu verstehen, wenn der Verkäufer den Fang nicht tradiren kann, oder wenigstens der Käufer nicht auf die wirkliche Ueberlieferung bestehet.

Denn beides ist in der Natur eines solchen Handels begriffen, dessen Gegenstand auf einem bloßen Glückszufall beruhet. Bey dem Vertrage über eine Sache, die nach dem ordentlichen Laufe der Natur gehoft werden kann, verhält sich die Wirkung anders. Der Handel ist in diesem Falle bedingt; die stillschweigende Bedingung ist, daß die gehoffte Sache einigermaßen zur Wirklichkeit komme, sonst ist der Handel nichtig. Bey dem Kauf künftiger Früchte wird also erfordert, daß sie der Hoffnung wenigstens einigermaßen entsprechen. Sollte daher gar nichts gewachsen seyn, so ist der Handel ungültig, weil die Bedingung desselben nicht eingetreten [10]. Sind weniger Früchte gezogen worden, als der Käufer

Denn daß der Käufer sich mit einer blosen Endschädigung nicht begnügen zu lassen braucht, sondern auf die Aushändigung der Fische selbst klagen könne, haben schon SONNEMANN in Praelect. ad LL. notabil. pag. 415. und WEIDMANN Diss. cit. de emtione spei Th. 32. bemerkt. Uebrigens sind auch über die L. 12. *Vinc.* CABOTIUS Disputation. Lib. II. cap. 24. (Tom. IV. *Thesaur. Meermann.*) und CUJACIUS in Comm. ad Dig. h. L. nachzusehen.

10) *L. 8. pr. D. de contrah. emt.* Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi: et tamen fructus et partus futuri recte emuntur: ut cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur. Sed si id egerit venditor, ne nascatur, aut ne fiant, ex emto agi posse. Dieses Gesetz lehrt, daß ein Kauf ohne Waare, worüber gehandelt wird, nicht gedacht werden könne. Demohngeachtet aber könne man doch künftige Früchte, oder künftige Geburten gültig kaufen. Daß das Gesetz hiermit keine Ausnahme von jeder Regel habe machen wollen, siehet man deutlich daraus, weil es erst §. 1. in den Worten *aliquando tamen et sine re venditio intelligitur*, zur Ausnahme schreitet, und dahin

Käufer gehofft hat, so muß der Käufer zwar den Schaden tragen, sofern der Verkäufer dabey außer Schuld ist; es ist ihm aber auch ein außerordentlicher Gewinn nicht zu mißgönnen. Denn es bleibt doch auch dieser Handel in Rück-

sicht

dahin die emtionem spei rechnet. Bey dem ersteren Fall, da über künftige Früchte oder partus ein Kauf geschlossen wird, merkt das Gesetz weiter an, daß, wenn der partus zur Welt gekommen, vermöge einer rechtlichen Fiction anzunehmen sey, als wenn derselbe schon gleich anfangs, als der Handel geschlossen worden, da gewesen sey. Es ist unstreitig, daß hier die bekannte Regel zum Grunde liegt: conditio existens retrotrahitur ad initium actus. Hieraus folgt nun von selbst, daß der Kauf in diesem Falle bedingt sey. Die Bedingung aber kann keine andere seyn, als die, wenn Früchte wachsen, es seyn deren viel oder wenig; oder wenn die gehofte Geburt zur Welt kommen wird. So wie nun bey einem bedingten Vertrag kein Theil die Existenz der Bedingung hindern darf, so darf es nun auch hier nicht durch die Schuld des Verkäufers geschehen, daß keine Früchte gezogen worden. Sonst findet die actio ad id, quod interest, gegen ihn statt. Dieß kann nun aber keinesweges so verstanden werden, als wenn der Verkäufer, dafern nur ohne seine Schuld keine Früchte erzeugt worden, für gar nichts haften dürfe, folglich der Kauf dennoch gültig bleibe. Nein, es verstand sich nach der Natur eines bedingten Geschäfts von selbst, daß der Käufer sein Geld wieder bekommen mußte, wenn die Bedingung nicht eingetreten. *L. 7. pr. D. eod.* Die Rede war nur von der Interessenklage ex emto, wenn der Verkäufer die Existenz der Bedingung gehindert hätte. Die Worte: *Sed si id egerit venditor* etc. gehen also unmittelbar auf das Vorhergehende. Die Ausnahme, welche §. 1. der L. 8. bey der emtione spei macht, lehrt offenbar, daß zwischen der emtio spei et rei speratae ein Unterschied sey. Unserer Meinung sind NOODT in

Com-

sicht der Gefahr, die dabey abzusehen, gewissermassen ein pactum aleae. Dieß ist wenigstens die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten[11]), welche auch den Gesetzen allerdings gemäß

Commentar. ad Pandect. Tit. de contrah. emtione *Oper.* Tom. II. pag. 393. *Ant.* FABER Rational. in Dig. h. L. und POTHIER in Pandect. Iustinianeis Tom. I. Tit. de contrah. Emt. Nr. VIII. Not. c. pag. 489.

11) Ausser den oben angeführten Schriften vergleiche man noch *Petr. Pantoja de* AJALA Commentar. in L. fin. Cod. de Aleatoribus (in *Thes. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1055. n. 15.) COCCEJI Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Q. 6. VOET in Comm. ad Dig. Tit. de contrah. emt. §. 13. STRYK. de caut. contractuum Sect. II. cap. VIII. §. 9. et 10. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. P. I. Tit. de contrah. Emt. §. 12. *Lugd. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. I. §. 91. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 866. Not. 1. Nur Westphal in der oben angef. Abhandlung ist anderer Meinung. Er glaubt, bey einer emtione rei speratae sey kein Unterschied zu machen, sondern bey derselben müsse eben das Rechtens seyn, was bey einer conventione spei simplicis gilt. Allein seine Gründe haben mich nicht überzeugt. Der Einwurf, wer eine ungewisse Sache kauft, übernimmt die Gefahr, hat allerdings Grund, hebt aber den in der *L. 8. D. de contrah. Emt.* gegründeten Unterschied zwischen einer emtio spei simplicis und rei speratae nicht auf, weil ja auch in dem letzteren Falle der Käufer die Gefahr trägt, als welcher zufrieden seyn muß, wenn auch weniger Früchte gezogen worden sind, als er für sein Geld erwartete, und deßhalb keine Entschädigung verlangen kann. Die angeführte *L. 78. §. ult. D. de contrah. E. V.* beweißt auch nichts gegen uns. Denn sie entscheidet blos die Frage, wofür der Verkäufer hafte, wenn er beym Verkauf künftiger Früchte durch Vertrag die Unglücksfälle übernommen? Nun lehrt zwar allerdings

mäß ist. Uebrigens hat es keinen Zweifel, daß auch bey einem Handel über künftige nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur zu hoffende Dinge allerdings darauf zu sehen sey, ob man darüber, als über eine ganz ungewisse Sache, auf alle Fälle contrahirt habe, es mag davon etwas zur Wirklichkeit kommen, oder nicht; oder ob man den Vertrag mit solchen Bestimmungen und Clauseln geschlossen, daraus abzunehmen, daß man für sein gewisses Geld auch eine ganz gewisse Waare haben, und folglich die Gefahr der noch zukünftigen Sache auf keine Weise übernehmen wolle. In jenem Falle ist der Handel auf einen blosen Zufall gesetzt, und der Käufer muß zufrieden seyn, er erhalte für sein

dings dieses Gesetz, daß an sich der Verkäufer künftiger Früchte die Gefahr des Ausfalls nicht trage; weil sonst kein Versprechen darüber nöthig wäre. Allein darüber ist auch gar kein Streit. Die Gefahr trägt freylich in jedem Fall der Käufer, wenn sie der Verkäufer nicht vertragsweise übernommen hat, daher ersterer auch beym Mißwachs keine Vergütung verlangen kann. Allein daß der Käufer solcher Früchte sein Geld einbüße, wenn aus den Früchten gar nichts geworden, läßt sich aus dem Gesetz nicht schließen. Vielmehr hat NOODT in Probabil. Lib. III. cap. 11. nicht ohne Grund erinnert, daß in dem Falle des Gesetzes der Schnee die Früchte nicht eigentlich verdorben hatte, sondern dieß nur ein Vorgeben des Käufers gewesen, nach dessen Wunsch die Erndte überhaupt nicht ausgefallen war. Uebrigens ist selbst die Leseart des Gesetzes nicht ausser Zweifel. Man vergleiche nur SALMASIUS Observat. ad ius Att. cap. 24. HERALDUS Animadversion. in SALMASIUM Lib. I. cap. 15. Ebenderselbe in Observat. et Emendation. lib. cap. 30. (Tom. II. *Thes. Ottonian.* pag. 1350) und *Christfr.* WAECHTLER in Notis ad *Noodt* probabil. *Vitemb.* 1681. pag. 122. (*Opuscul.* pag. 332. sq.)

Geld etwas oder nichts. Denn dafür hat er auch die Hofnung, einen viel grössern Gewinn zu ziehen, wenn ihm der Himmel günstig ist. Im letzten Falle hingegen darf der Käufer nicht die geringste Einbuße leiden, weil er hier keine Aussicht zu einem besondern Gewinn hat. Er bezahlt also nichts oder weniger, wenn er an den Früchten nichts oder weniger erhält, als ihm versprochen worden [12]). Z. B. wenn

12) Von einem solchen Fall verstehe man insgemein die *L.* 39. §. 1. *D. de contrah. Emt. Vendit.* wo es heißt: Verisimile est, eum, qui fructum olivae pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset, usque ad decem pondo olei. Idcirco solis quinque collectis, non amplius emtor petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent: a plerisque responsum est. Man sehe COCCEJI Ius civ. controv. Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 6. nr. 3. Westphal in der angef. Abhandlung §. 5. Not. 6. auch Ebenderselbe in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 60. und 61. und POTHIER in Pandectis Iustinian. Tom. I. Tit. de pactis Nr. LXXI. Not. c. et d. welcher letztere glaubt, daß statt *emtor petere potest*, gelesen werden müsse: ab emtore petere potest. Allein in dem Falle, von welchem das Gesetz redet, hatte der Käufer bey dem Besitzer des Olivengartens keinesweges gerade zehn Pfund Baumöl bestellt und behandelt, sondern demselben seine hangende Olivenfrucht überhaupt abgekauft. Der Verkäufer schätzte sie auf zehn Pfund Oel, die ohngefähr aus den Oliven gepreßt werden könnten, und bestimmte darnach den Kaufpreiß. Der Käufer ließ sich das gefallen. Nun entstand die Frage, wenn nur fünf Pfund Baumöl gewonnen worden wären, ob der Käufer mehr verlangen könne, oder sich mit dem, was gewachsen, für sein Geld begnügen müsse? Es gehet dieß offenbar darauf, wer den Schaden zu tragen habe? Denn hätte der Käufer nun auch nur für fünf Pfund Oel bezahlen dürfen, so wäre

Wenn ich 20 Eymer Wein bey dem Besitzer eines Weinbergs bestellet, und um einen gewissen Preiß behandelt habe, die

 mir

wäre die ganze Frage lächerlich, ob der Käufer mehr verlangen könne, als gewachsen. Das Gesetz entscheidet nun für den Verkäufer, dieser brauche nicht mehr, als die fünf Pfund Baumöl zu liefern, der Käufer müsse sich damit begnügen. Denn da jener den Kaufpreiß darnach bestimmt hatte, was dem Ansehen nach aus den hangenden Oliven gepreßt werden möchte, so stand er nicht dafür, wenn auch nicht gerade soviel Oel daraus geschlagen werden könnte. Der Käufer hätte einmal das Risico übernommen. Es bestätigt also dieses Gesetz vielmehr die vorgetragene Theorie von der conventio rei speratae. Uebrigens hat dieses Gesetz am besten erklärt *Zach.* HUBER in Diss. qua exponuntur et illustrantur duo loca Iuliani difficiliora sub titulis Pandectar. de contrahenda Emt. et Venditione ac Locato et Conducto. Cap. II. in EJUS *Dissertat. iurid. et philolog.* Part. II. *Franequerae 1706.* pag. 340. sqq.) Dieser bemerkt ganz richtig, daß die Worte *stipulatus est* auf *pretium* zu ziehen, und folgendermassen zu lesen sey: et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium, so daß also der Sinn dieser Worte sey, der Verkäufer habe sich den Preiß von zehn Pfund Baumöl versprechen lassen. Diese Erklärung ist darum billig vorzuziehen, weil man sonst die Worte *stipulatus est* für promisit erklären müßte, wie Westphal in der angef. Abhandlung §. 5 Not. 6. gethan, welches aber ungewöhnlich ist, da es vielmehr in unsern Gesetzen active für acceptare gebraucht wird. Anton Faber in Rational. in h. L. will zu mehrerer Deutlichkeit bey *decem pondo* noch pro vorgesetzt haben, weil der Verkäufer sich für 10 Pfund den Werth versprechen lassen. Allein dieses ist unnöthig, der Verkäufer hatte die Olivenfrucht überhaupt auf 10 Pfund taxirt. Die Worte: *quod natum esset*, gehen auf das ganze Gewächs. Es ist also unrichtig, wenn Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 61. sie so erklärt, als ob der

Käufer

mir derselbe bey der nächstkünftigen Weinlese aus dem Gewächs seines Weinberges ablassen soll, so übernehme ich keine Gefahr. Ich bezahle für die behandelte Quantität das versprochene Geld, wenn sie mir geliefert wird. Ist also nicht so viel gewachsen, als ich behandelt habe, so bezahle ich nur für das, was da ist, und, wenn gar nichts gewachsen, bezahle ich auch nichts.

§. 304.

Der Gegenstand des Vertrags muß II) in der Gewalt der Paciscenten und III) keinem gesetzlichen Verbot zuwider seyn.

Zur Gültigkeit eines Vertrags wird II) erfordert daß derselbe ein solcher seyn, worüber die Paciscenten disponiren können. Hieraus folgt 1) daß über fremde Sachen, ohne Einwilligung des Eigenthümers, zu desselben Nachtheil, kein gültiger Vertrag geschlossen werden kann [13]). Dem Eigenthümer bleibt sein Recht ungekränkt, und er kann solches mittelst der Vindicationsklage wider jeden Besitzer geltend machen [14]), so lang solches durch Verjährung

Käufer von des Verkäufers Olivenfrüchten 10 Pfund Oel bestellet habe. Nach pretium ist ein Comma zu machen, und statt *constituisse*, id constituisse zu lesen. Endlich bey den Worten *a plerisque responsum est*, muß man sich die Particul ut hinzudenken; wie auch schon *Guil.* BEST de ratione emendandi Leges Cap. XVI. §. 2. bemerkt hat.

13) *L.* fin. *Cod. de pact.* — Cum in alienis rebus contra voluntatem domini aliquid fieri vel pacisci, secta temporum nostrorum non patiatur.

14) Quia, invitis nobis, res nostras alius retinere non debeat, sagt Paulus *L.* 25. §. 1. *D. Soluto matrim.* Man vergleiche

jährung noch nicht erloschen ist [15]. Ob aber der Vertrag nicht wenigstens unter den Paciscenten verbindlich sey? ist eine Frage, welche in der Regel allerdings zu bejahen ist [16]. Schon das Vernunftrecht überzeugt uns hiervon. Denn kann gleich der Dritte, über dessen Sache ohne seine Einwilligung paciscirt worden ist, nicht darunter leiden, so ist doch auch kein Grund vorhanden, warum die von andern sich gegenseitig darüber gethanen Versprechungen, so gut als nicht geschehen, angesehen werden sollten. Eben dieses lehren aber auch die gemeinen bürgerlichen Rechte, nach welchen, in sofern bloß von den Verbindlichkeiten der Contrahenten unter sich die Rede ist, fremde Sachen, auch ohne Einwilligung des Eigenthümers, verkauft, verpfändet, vermiethet, verborgt, zum Heyrathsgut u. d. ohne allen Zweifel gegeben werden können [17]. Der Empfänger muß die ihm geliehene, oder verpfändete, oder vermiethete Sache nach geendigten Contract demjenigen, von dem er sie erhielt, zurückgeben, nicht anders, als ob sie desselben Eigenthum wäre, und kann sich nicht mit der Einrede schützen, daß die Sache einem andern zugehöre [18]. Bey einigen

gleiche auch *L. 28. D. de contrah. Emt. L. 26. §. 2. D. de pignor. et hyp. L. 5. et 6. C. de reb. alienis non alienand.*

15) *L. 4. Cod. de rei vindicat.*

16) *Pet.* FABER in Semestrium Lib. II. cap. 17. et 18. pag. 274. seqq. HORN Diss. de iure circa rem alienam singulari.

17) *L. 28. D. contrah. emt. L. 9. pr. et L. 16. D. de pign. act. L. 15. D. commodati. L. 7. L. 9. princ. et §. ult. D. locati. D. 11. D. Soluto matrim.*

18) *L. 9. §. 4. L. 22. §. 2. D. de pignorat. act. L. 16. D. commod. L. 11. D. Soluto matrim.*

Real-Contracten, wodurch ein Eigenthum übertragen werden soll, erfordern zwar die Gesetze zur Gültigkeit derselben, daß derjenige, welcher den Contract durch die Uebergabe zur Perfection bringt, Eigenthümer der Sache sey. Dahin gehört z. E. Darlehn und Tausch-Contract. Wer nämlich dem andern fremdes Geld borgt, kann zwar dadurch ein Recht erhalten, solches zu seiner Zeit wieder zu fordern, hingegen auch verbindlich werden, dem Empfänger das Geld so lange zu lassen, bis die bestimmte Zeit verstrichen ist. Allein ein eigentliches Darlehn nehmen dennoch die Gesetze in diesem Falle nicht an, denn dazu ist das wirkliche Eigenthum des Geldes auf Seiten des Darleihers, und die Erwerbung desselben von Seiten des Empfängers schlechterdings nothwendig [19]). Es findet daher auch bey Ausleihung fremder Gelder actio mutui nicht statt, sondern nur ein condictio [20]), und zwar, wie Noodt [21]) dafür hält, die condictio sine causa. Ferner, wenn bey einem Tausche derjenige, welcher den Contract zuerst erfüllet hat, eine ihm nicht eigene Sache dem andern Theile gegeben, so ist der ganze Tauschcontract nichtig [22]). Es kann zwar der

19) *L.* 2. §. 4. *D. de Reb. Credit.* In mutui datione oportet *dominum* esse dantem. *L.* 13. *pr. D. eodem.* Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, *accipientis non facit;* sed, consumtis eis, nascitur *condictio.*

20) *L.* 2. *in fin. L.* 13. *pr. et* §. 1. *L.* 19. §. 1. *in fin. D. de reb. credit.*

21) in Commentar. ad Pandect. Tit. de Reb. credit. Tom. II. *operum* pag. 273.

22) *L.* 1. §. 2. *et* 3. *D. de Rerum permutat.* Permutatio ex re tradita initium obligationi praebet. Ideoque PEDIUS ait, *alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.* Ein anders

der Empfänger nach geschehener Entwährung entweder das Seinige zurück fordern, oder der Schadloshaltung wegen klagen, allein die Klage ist hier nicht die actio praescriptis verbis, sondern die actio doli oder actio in factum, je nachdem der Gegentheil entweder gewußt, daß die Sache, die er dem andern in Tausch gegeben, eine fremde sey, oder nicht [23]). Allein es sind dieß, wie ein berühmter Rechtsgelehrter schon richtig bemerkt hat [24]), römische Spitzfindigkeiten, die heutiges Tages keinen Gebrauch haben. Denn wenn bey Verborgung fremder Gelder eben das Rechtens ist, was beym Darlehn der eigenen gilt, so ist es eine blose Wortklauberey, daß man dieselbe kein Darlehn nennt, und statt der condictio ex mutuo die condictionem sine causa giebt. Daß ferner ein ungenannter Contract erst durch die Uebergabe von Seiten des einen Contrahenten seine Verbindlichkeit erhält, ist bloß römisch,

ders ist, wenn derjenige, welcher den Contract zuerst erfüllet hat, eine ihm wirklich zugehörige Sache in Tausch gegeben, und nur die Sache des anders Theils, der mit der Erfüllung nachgefolget, entwähret worden. Denn hier war der ungenannte Contract schon vor dieser letzten Erfüllung vorhanden, sie war also zur Vollkommenheit und Gültigkeit des Contracts nicht nothwendig, und folglich auch gleichviel, ob sie rechtsbeständig oder nicht, mit eigenen oder fremden Sachen geschehen. Hier konnte also der Contrahent, der die Eviction erlitten, seiner Schadloshaltung wegen actionem praescriptis verbis anstellen.

23) *L. 1. §. 1. D. eodem. L. 5. §. 2. in fin. D. de praescript. verbis. L. 29. Cod. de Eviction.*

24) Ernst Christ. Westphal in der rechtlichen Abhandlung von Verpfändung fremder Güter. Halle 1779. 4. §. 2.

römisch [25]), und paßt auf Teutschland nicht, wo alle billige Verabredungen an sich verbindlich sind. Daher auch die daher geleiteten Folgen in unsern Gerichten wegfallen müssen. In Teutschland also ist der Satz ganz ohne Ausnahme wahr, daß ein Vertrag über fremde Sachen, wenigstens in Absicht des Paciscenten unter sich, eben so gültig sey, als wenn derselbe über eigene Sachen wäre geschlossen worden. Nur fragt es sich, ob nicht von Seiten desjenigen, der aus dem Vertrage klagen will, erfordert werde, daß er in bona fide seyn, und also von dem Eigenthumsrecht des Dritten nichts gewußt haben müsse? **Hellfeld** unterscheidet, ob der Vertrag bedingt und auf den Fall sey verabredet worden, da derjenige, welcher die fremde Sache versprochen hat, noch selbst das Eigenthum davon erwerben würde, oder ob er unbedingt geschlossen worden sey. Im erstern Falle sey der Vertrag gültig, wenn auch beyde Theile wißen, daß sie über eine fremde Sache pacisciret haben. Im letzten Fall aber sey der Vertrag ungültig, wenn derjenige, welcher daraus klagen will, gewust, daß die versprochene Sache einem Dritten zugehöre, und dieser in den Vertrag nicht gewilliget habe. Allein die Gesetze geben zuweilen auch demjenigen eine Klage aus dem Vertrage, welcher in mala fide ist.

25) Schon verschiedene römische Juristen waren der Meinung, daß, wenn bey einem ungenannten Contract die Sache desjenigen, welcher mit Erfüllung desselben den Anfang gemacht, entwähret worden, der Schadloshaltung wegen die actio praescriptis verbis statt finde. Dieses behauptete z. B. **Maurician**, dem auch **Ulpian** beytritt *L. 7. §. 2. D. de pact.* Man vergleiche über diese Stelle NOODT de pactis cap. 9. und *van* WACHENDORF Dissertat. de pactis nudis Cap. II. §. 7. in *Dissertation. Triade* pag. 500. sqq.

ist. Man unterscheide also vielmehr, ob die Rede ist von der Zurückgabe der fremden Sache, welche dem Empfänger derselben nach geendigten Contract obliegt, oder von der Verbindlichkeit zur Uebergabe, oder endlich von der Verbindlichkeit zur Schadloshaltung im Falle einer erfolgten Entwährung. Im ersten Falle stehet auch sogar dem Diebe die Contractsklage zu [26]), allein im andern Falle kommt es darauf an, ob der Vertrag unter der Bedingung des noch zu erwerbenden Eigenthums geschlossen worden ist, oder unbedingt, im ersten Fall kann der Promissar, wenn diese Bedingung eingetreten, auf die Erfüllung des Versprechens durch die Uebergabe der Sache klagen; im andern Falle hingegen kann der Promissar den Promittenten darauf, daß er ihm die versprochene Sache tradire oder das Interesse leiste, anders nicht belangen, als wenn derselbe zur Zeit des geschlossenen Vertrags in bona fide gewesen ist [27]); und eben dieses wird auch in dem dritten Falle erfordert, wenn wegen der Entwährung eine Entschädigungsklage statt finden soll [28]).

2) Kann

26) *L. 16. D: Commodati.* Ita ut, etsi *fur* vel *praedo* commodaverit, habeat *commodati actionem.* — *L. 22. §. 2. D. de pignor. action.* Si praedo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pigneratitia actio. — *L. 1. §. 39. D. depositi.* Si *praedo* vel *fur* deposuerit, et hos MARCELLUS *lib. 6. Digestorum* putat recte *depositi acturos*: nam interest eorum, eo quod teneantur.

27) *L. 34. §. 3. de contrah. emt. L. 30. §. 1. D. de act. Emti Venditi.*

28) *L. 16. §. 1. in fin. D. de pignerat. act. L. 27. Cod. de Eviction. L. ult. Cod. de commun. rerum alienat.*

2) Kann man auch über das Factum eines andern nicht paciſciren, über den man keine Gewalt hat [29]. Daß ein ſolcher Vertrag dem Dritten nicht präjudicire, deſſen Perſon er betrift, iſt auſſer Zweifel [30]. Allein es fragt ſich, ob das Verſprechen, daß ein Dritter etwas thun oder geben ſolle, nicht wenigſtens in Anſehung des Promittenten verbindlich ſey? Die Römiſchen Geſetze entſcheiden dieſe Frage nach der Natur der Stipulationen verneinend [31]. Denn dieſe wurden mit feierlichen Worten geſchloſſen, und auf dieſe Förmlichkeit beſchränkte ſich ihre ganze Rechtswirkung. Da alſo kein Dritter, welcher zur feierlichen Handlung ſelbſt nicht mit concurrirt hatte, daraus verbindlich werden konnte, ſo konnte ein fremdes Factum um ſo weniger der Gegenſtand einer Stipulation ſeyn, je ungereimter überhaupt das Verſprechen: Titius ſoll dir etwas leiſten, zu ſeyn ſcheinet, wenn man bey den Worten ſtehen bleibt [32]. Jedoch hatte dieſe Regel ihre Ausnahmen,

29) *L. 65. D. de Fidejuſſorib.* — Factum alienum inutiliter promittitur. Man vergleiche über dieſes Geſetz *Ioſ.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 962. ſqq.

30) Naturalis ſimul et civilis ratio ſuadet, ſagt *L. 39. D. de Negot. geſtis*, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere poſſe, deteriorem non poſſe. S. *Fratr.* BECMANNORUM Conſilia et Deciſiones P. I. Deciſ. 24.

31) §. 3. *I. de inutil. ſtipulat.* Si quis alium daturum facturumve quid promiſerit, non obligabitur: veluti ſi ſpondeat: *Titium quinque aureos daturum. L. 38. pr. de Verbor. Obligat.* Nemo autem, alienum factum promittendo, obligatur.

32) *L. 83. pr. D. de Verb. Obligat.* Inter ſtipulantem enim et promittentem negotium totum contrahitur: itaque alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur. Nam de ſe

men, wenn die Stipulation über das fremde Factum zugleich ein eigenes Factum des Promittenten enthielt. Denn so galt a) das Versprechen: man wolle dafür sorgen, oder dazu behülflich seyn, oder es dahin bringen, daß ein Dritter etwas thue oder gebe[33]). b) Manche Stipulationen, welche auf ein factum alienum sich beziehen, waren schon ihrer Natur nach so beschaffen, daß der Promissar sich möglichst bemühen muste, den Dritten dahin zu bringen, daß er etwas thue, wenn er dieses gleich nicht ausdrücklich versprochen hatte, weil er im Contraventionsfalle das Interesse prästiren muste. Von dieser Art waren die Stipulationes, alium iudicio sisti und rem ratam dominum habiturum[34]). c) Wenn der Promittent sich zu einer

se quemque promittere oportet. Add. *L. 11. D. de obligat. et action.* Diesen ist auch die *L. 5. de duobus reis* nicht entgegen, wo Julian sagt: Nemo est, qui nesciat, *alienas operas* promitti posse, et fideiussorem adhiberi in ea obligatione. Denn Julian handelt *Lib. 22. Digestor.* aus denen die L. 5. genommen ist, von den operis officialibus libertorum, diese konnte niemand als der Patron von dem Freygelassenen fordern, andere Dienste aber, nämlich operas fabriles, pictorias etc. also Kunst- und Handwerksdienste konnte der Freygelassene auch anderen versprechen. *Operae alienae* sind also hier keine fremde facta, sondern *operae aliae*, quam officiales, wie das Wort *alienus* für alius auch in andern Stellen der Pandecten gebraucht wird, als *L. 9. L. 27. D. de oper. libertor. L. 3. D. de rei vindicat.* S. CUJACIUS lib. V. Observation. cap. 35. et ad Lib. 22. Digestor. Iuliani d. L. 5. FINESTRES in Hermogeniano cit. loc. §. 2. pag. 963.

33) §. 3. *I. de inutil. stipulat.*

34) *L. 38. §. 24. L. 81. pr. D. de Verbor. obligat. L. 18. et 19. D. Rem. rat. haberi.*

einer Geldstrafe oder zur Leistung des Interesse ausdrücklich verbindlich gemacht hatte, falls das Factum des Dritten nicht geleistet werden würde. [35]) Endlich d) wenn das fremde Factum bloß auf die Erfüllung desjenigen gieng, wozu der Promittent schon selbst verbunden war; z. E. der Schuldner versprach dem Gläubiger, daß ein Dritter für die Schuld Bürgschaft leisten solle. Dieses Versprechen, wenn es auch mit bloßen Worten, ohne eine förmliche Stipulation geschehen, hatte doch auf jeden Fall die Wirkung eines Constitutums [36]). Allein auch dieses sind Subtilitäten des römischen Rechts, die heutiges Tages, da wir die Verträge nicht mehr mit feyerlichen Worten schließen, folglich auch nicht nach den Worten, sondern nach der Billigkeit und der Absicht der Paciscenten erklären, keine Anwendung mehr finden. Wenn daher heut zu Tage Jemand dem andern verspricht, daß ihm ein Dritter etwas leisten solle, so verstehet man ein solches Versprechen so, daß der Promittent sich wenigstens alle Mühe geben müsse, den Dritten zu der versprochenen Prästation zu bringen [37]). Ob indessen der Promittent, wenn seine Mühe vergeblich gewesen, von seiner Verbindlichkeit frey, oder nicht vielmehr dem Promißar das Interesse zu leisten schuldig sey? ist eine

Frage

35) §. *21. I. de inutil. stipulat. L. 38. §. 2. D. de Verb. obligat.*

36) *L. 14. §. 2. de pecunia constit.*

37) S. VINNIUS in Comment. ad §. 3. I. de inutil. stipulat. nr. 3. in fin. VOET Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLV. Tit. I. §. 5. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 737. MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. V. Fasc. II. Obs. 864. Anderer Meinung sind jedoch STRYK Us. Mod. Pandectar. Lib. XLV. Tit. I. §. 2. und PUFENDORF in Animadvers. iuris Animadv. 61. §. 5.

Frage, worüber unter den practischen Rechtsgelehrten sehr gestritten wird. **Wernher** [38]) behauptet, der Promittent thue seinem Versprechen ein Genüge, wenn er, so viel an ihm ist, allen Fleiß zur Bewerkstelligung dessen, wozu er sich verbunden hat, anwendet, für den widrigen Erfolg aber dürfe er nicht haften. **Vinnius** [39]) hingegen, und **Bardili** [40]) glauben, daß der Promittent, im Fall der Dritte zu der verabredeten Prästation nicht zu bewegen gewesen, zur Leistung des Interesse verbunden sey. Nach der gemeinen Meinung der Rechtsgelehrten unterscheidet man, ob Promittent bloß versprochen, er wolle dafür sorgen und sich alle Mühe geben, daß ein Dritter etwas thue; oder ob er versprochen, es dahin zu bringen, daß der Dritte dem Promissar dasjenige leiste, was derselbe verlangt. Im erstern Falle sey der Promittent von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er das Seinige gethan, gesetzt auch, daß seine Mühe vergeblich gewesen. Im letzteren Falle aber müsse derselbe das Interesse leisten [41]). Die richtigste Meinung

38) Select. Observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 311. Eben so auch BROKES in Select. Observat. for. Obs. 39.

39) cit. loc. nr. 2. et 3.

40) in Tract. de obligatione faciendi (*Tubingae* 1749.) §. 82.

41) COTHMANNUS Consil. Vol. V. Resp. 50. WESENBECIUS Vol. IV. Consil. 177. nr. 17. et Consil. 189. BACHOVIUS ad TREUTLERUM Vol. II. Disput. XXVII. Th. 2. lit. G. MEVIUS Tom. II. Part. VI. Decis. 406. Part. VIII. Decis. 33. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXI. medit. 9. et 10. PUFENDORF cit. Animadvers. §. 2. et 3. *Fratres* BECMANNI in Consil. et Decision Part. I. Decis. 24. u. a. m.

nung hat unstreitig Hert [42]). Dieser distinguirt, ob das Versprechen, daß ein Dritter etwas leisten solle, auf eine solche Art geschehen, daß es eine Intercesßion enthält, oder nicht. Im ersten Fall ist freylich der Promittent zur Leistung der Interesse verbunden, wenn er gleich seiner Seits alles gethan, um den Dritten zur versprochenen Prästation zu bringen. Es kommt hier auf die Worte und die Natur des Geschäfts an, bey welchem ein solches Versprechen geschehen ist. Z. B. wenn ein gerichtlicher Anwalt, der mit keiner ordentlichen Vollmacht versehen war, sich verbindlich gemacht hat, dafür zu stehen, daß sein Principal alles, was er in seinem Namen thut, genehmigen werde, und es erfolgt hernach des Principals Genehmigung nicht, so muß er dem Gegentheil alle Schäden und Kosten ersetzen [43]). Im andern Falle ist darauf zu sehen, ob der Promittent den Werth oder die Valuta desjenigen erhalten, was der Dritte leisten soll, oder nicht. Im ersten Falle muß Promittent für den Erfolg seines Versprechens von Seiten des Dritten schlechterdings haften, und auch der möglichste Fleiß, den er seiner Seits angewendet hat, kann ihn von dieser Verbindlichkeit nicht befreyen. Dieß ist der Fall beym trassirten Wechselgeschäft, ferner bey Cessionen, wenn Cedent dem Cessionar ausdrücklich versprochen, dafür zu sorgen, daß der Schuldner zur gehörigen Zeit Zahlung leisten solle.

42) in Diss. de obligatione alium daturum facturumve. Sect. I. §. 8. sqq. (Vol. I. *Opusculor.* Tom. III. pag. 370. sqq.) Diesem stimmen auch *Ev.* OTTO in Comment. ad §. 3. I. de inutil. stipulat. Höpfner a. a. O. und MÜLLER loc. cit. bey.

43) *L. 13. L. 19. D. rem. rat. haberi.*

solle[44]). Im letztern Falle hingegen hat sich der Promittent entweder zur Leistung des Interesse ausdrücklich verbindlich gemacht, oder nicht. In diesem Falle ist der Promittent nur zum möglichsten Fleiß verbunden, hat er diesen, wenn gleich vergeblich, angewendet, so ist er von seinem Versprechen frey[45]). Denn im Zweifel muß man immer die billigere Erklärung Statt finden lassen, weil eine Intercession nicht vermuthet wird; zumal wenn das Versprechen bloß aus Freundschaft für den Promißar, oder von Amtswegen geschehen wäre[46]). Uebrigens kann der Vertrag zuweilen auch in Ansehung des Dritten verbindlich werden, über dessen Sachen oder Handlungen pacisciret worden ist: nämlich wenn der Dritte den Vertrag genehmiget[47]), oder derselbe des Promittenten Erbe geworden ist[48]).

O 2 End-

44) *Cedens enim nomen cum promisso curandi, ut cessionarius debito potiatur, non tantum tempore cessionis bonitatem eius, sed et exactionem ideo et casum praestare tenetur,* sagt MEVIUS P. III. Decis. 206.

45) Z. E. wenn mir jemand eine fremde Sache verpfändet und versprochen hat, dafür zu sorgen, daß der Eigenthümer die Verpfändung genehmige. S. GMELIN Comment. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 51. pag. 182.

46) S. MEVIUS Part. VIII. Decis. 33. LEYSER Spec. DXXI. medit. 11.

47) *L. 20. pr. D. de pign. act.* Die Wirkung einer solchen ohne Einschränkung erfolgten Genehmigung des Eigenthümers erstreckt sich zwar der Regel nach bis auf die Zeit des eingegangenen Vertrags zurück; *L. 16. §. 1. L. 21. pr. D. de pign. et hypoth. L. 6. §. 9. D. de negot. gestis. L. fin. Cod. ad* SCtum

Endlich 3) sind auch diejenigen Verträge ungültig und unverbindlich, die wider das Verbot eines Gesetzes geschlossen worden sind [49]). Es folgt zwar nicht, daß eine Verabredung darum gleich ungültig sey, weil sie mit gewissen positiven Bestimmungen der Gesetze nicht übereinkommt. Denn oft haben die Gesetze in den Angelegenheiten des Privat-

SCtum Macedon. Aemil. Lud. HOMBERCK zu Vach Diss. de convalescentia vitiosae alienationis. (*Marburg* 1745.) Cap. I. § 40. Es darf jedoch diese Ratihabition nicht zum Präjudiz eines Dritten gereichen, der unterdessen, und ehe sie noch erfolgte, ein Recht auf der Sache erworben hat. *L.* 24. *pr. D. rem rat. haberi.* Sie kann also nur insofern retrotrahirt werden, als die Sache zur Zeit der Ratihabition noch in dem Zustande ist, in welchem sie zur Zeit des geschlossenen Vertrags war, welches GMELIN in der angef. Abhandlung de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 46. mit merkwürdigen Beyspielen erläutert.

48) *L.* 2. §. 5. *L.* 4. *L.* 38. *pr. et* §. 1. *et L.* 83. *pr. D. de Verb. Obligat.* L. 22. *D. de pignor. et hypoth.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 965. und GMELIN cit. Commentar. §. 57. Diesen ist auch die *L.* 41. *D. de pign. act.* nicht entgegen, denn dieses Gesetz redet von der hypothecarischen Klage, welche sich auf gültiges Pfandrecht gründet, nicht aber von der actione pignoratitia contraria, welche aus dem Pfandcontract wider den Eigenthümer, als Erben des Verpfänders, allerdings angestellet werden kann. S. Westphal von Verpfändung fremder Güter §. 11. Ein mehreres davon §. 1091.

49) *L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* Et generaliter quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet. Man vergleiche über diese Stelle *Io. Guil* MARCKART Interpretat. receptar. lection. cap. 20. p. 299. CUJACIUS lib. I. Observat. c. 24. und besonders Sammlung der röm. Gesetze (Frankf. u. Leipzig. 1785.) S. 29.

vatverkehrs nur darum gewisse Regeln festgesetzt, damit dasjenige, was die Contrahenten selbst nicht regulirt haben, nicht ganz ohne gewisse Vorschrift dem Gutbefinden der Gerichte überlassen bleiben möge. Hier hängt es von der freien Willkühr der Partheyen ab, ob sie es bey den gesetzlichen Vorschriften lassen, oder die Rechte und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer Rechtsgeschäfte durch besondere Verträge selbst bestimmen wollen. Niemand wird dergleichen Verabredungen für unkräftig halten, wenn sie gleich von der Vorschrift der Gesetze abweichen; es wird vielmehr die Regel eintreten: pacta dant legem contractui, welche selbst das römische Recht giebt[50]), ob es gleich bey Schließung der Verträge der natürlichen Freyheit mehrere Einschränkungen setzt, als wir nach unserer heutigen Verfassung annehmen dürfen. Allein, wenn aus einer positiven Vorschrift die Absicht der Gesetzgebung deutlich erhellet, daß dadurch den Privatverfügungen gewisse Gränzen gesetzt werden sollen, wenn schlechterdings gebietende oder verbietende Gesetze die Zuläßigkeit oder Unzuläßigkeit gewisser Privatverträge bestimmen; so hat es kein Bedenken, daß die Gültigkeit der letzteren, und mit derselben ihre gerichtliche Wirksamkeit von der Uebereinkunft mit den Vorschriften der Gesetzgebung abhängt[51]). In diesem Falle heißt es, wie Papinian[52]) sagt: Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Daher kann z. B. durch kein Pactum

50) *L. [illegible] et 27. D. de Reg. iur. L. 7. D. de pact. L. 1. D. depositi.*

51) Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 80.

52) *L. 38. D. h. t.*

ausbedungen werden, daß mir der andere, mit dem ich einen Contract zu schließen willens bin, den dolum nicht prästiren solle, den er etwa gegen mich begehen würde [53]. Eben so unerlaubt, sagt Paulus [54], ist auch der Vertrag, wenn ich dir versprechen wollte, auf den Fall, daß du mich bestehlen, mich injuriiren würdest, keine Diebstahls- keine Injurienklage anzustellen. Denn ein solcher Vertrag würde Gelegenheit geben, Verbrechen zu begehen, welche die Gesetze doch verhüten wollen. Ein anders wäre, setzt Paulus hinzu, wenn Jemand diese Verbrechen schon gegen mich begangen hätte; denn kann ich ein solches pactum wohl mit ihm eingehen. Nach römischen Rechten gelten auch die Erbverträge nicht, wenn die Rede von der Erbschaft der Paciscenten oder eines Dritten ist, der nicht in den Vertrag gewilliget hat [55]. Denn eines Theils besorgte man von der unwiderruflichen Verbindlichkeit solcher Verträge lebensgefährliche Folgen für den Erblasser, und hielt sie deshalb für unsittlich [56]: andern Theils wollte man auch nicht, daß die Freiheit, ein Testament zu machen, welche man für das edelste Kleinod des römischen Bürgerrechts hielt, auf irgend eine Art eingeschränkt werden sollte [57]: nicht zu gedenken, daß man von den frühesten Zeiten her bey den Römern alle Erbfolge als eine Staatssache zu betrach-

53) *L. 27. §. 3. in fin. D. h. t.*

54) *§. 4. L. cit. 27. h. t.*

55) *L. 19. L. 30. Cod. h. t.* VOET ad Dig. t. h. §. 16. et 17.

56) *L. 2. §. 2. D. de vulg. et pup. substit. L. 27. §. 4. D. ad SCt. Trebell. L. fin. C. de pact. L. 4. Cod. de inutil. stipulat.*

57) *L. 15. Cod. de pact. L. 52. §. 9. D. pro socio.*

trachten gewohnt war, welche kein Gegenstand der Privatverträge seyn konnte[58]. Es stehen indessen diese Gründe, nach der richtigern Meinung der heutigen Rechtsgelehrten[59], der Gültigkeit der Erbverträge in Teutschland nicht mehr entgegen[60]. So lehrt ferner Julian[61], daß man auf das Agnationsrecht durch ein pactum eben so wenig Verzicht leisten, als man gültig paciscire könne, daß man kein suus heres seyn wolle[62]. Von andern verbotenen Ver-

58) Successio est iuris publici. *L.* 3. *D. qui testam. fac. poss. L. ult. D. de suis et legit. hered. L.* 15. §. 1. *D. ad L. Falcid.*

59) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 737. Rundens Grundsätze des allgem. teutschen Privatrechts §. 660.

60) COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 34. ist zwar anderer Meinung; allein Hr. Prof. EMMINGHAUS Not. o. pag. 253. hat ihn gründlich widerlegt. S. auch HEBESTREIT Vindiciae veri valoris pactor. successoriorum. *Erf.* 1768.

61) *L.* 34. *D. h. t.*

62) Die Worte: non magis, quam ut quis dicat, nolle suum esse, in der angeführten *L.* 34. *h. t.* sind streitig: Cujaz erklärt das Wort *suum* vom Eigenthumsrecht, und meint: nolle suum esse, heiße soviel, als man wolle, daß etwas nicht unser Eigenthum sey. Allein dann hätte Modestin wohl sagen müssen: *nolle quid suum esse.* Die Worte gehen also vielmehr auf das ius suitatis, oder ius sui heredis, welches durch blosen Vertrag nicht aufgehoben werden kann. So erklären sie *Ant.* FABER in Rational. h. L. *Ed.* CALDERA de Errorib. Pragmaticor. Lib. III, cap. 7. (*Thes. Meermann*, T. III. pag. 578.) und POTHIER in Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XLI. Not. c. pag. 77.

trägen, z. B. dem commissorischen Vertrage bey Verpfändungen, dem pacto de quota litis, ferner dem pacto dotali, wodurch die Condition des Brautschatzes der Ehefrau verschlimmert wird, u. s. w. wird am gehörigen Orte gehandelt werden.

§. 305.

Von den mancherley Bestimmungen der Verträge.

Bey den Verträgen müssen dreyerley Bestimmungen unterschieden werden. 1) Wesentliche, (Essentialia) welche den Begriff eines Vertrags ausmachen, und die daher so nothwendig erfordert werden, daß ohne dieselben der Vertrag nicht der seyn kann, welcher er seyn soll. Z. E. unentgeldliche Verwahrung einer Sache beym Depositum, Waare und in einer bestimmten Summe Geldes bestehender Preis beym Kaufcontract. 2) Gesetzliche, (Naturalia,) welche bey einem Vertrage gewöhnlich sind, und daher rechtlich vermuthet werden; z. E. daß das Depositum in specie restituirt werden, ferner daß der Verkäufer die Gewähr, der Käufer aber gleich baare Bezahlung leisten muß. 3) Zufällige Bestimmungen, welche bei einem Vertrage nicht gewöhnlich sind, und daher auch anders nicht Statt finden, als wenn sie ausdrücklich sind ausbedungen worden. Z. B. wenn dem Depositar der Gebrauch der in Verwahrung gegebenen Sache gestattet wird; ferner wenn sich der Verkäufer den Vorkauf oder den Wiederkauf vorbehält. Wir bemerken dabey folgendes. I) Wesentliche Bestimmungen des Vertrags lassen sich durch Nebenverabredungen nicht abändern. Sind daher dergleichen Nebenverabredungen getroffen worden, welche dem Wesen des Hauptgeschäfts, wobey sie vorkommen, zuwider sind, so ist

entwe-

entweder der ganze Handel nichtig, oder es wird dadurch wenigstens die Hauptsache dergestalt verändert, daß sie zu einer andern Art rechtlicher Geschäfte übergehet, oder der Nebenvertrag ist, wie die Gesetze in einigen Fällen verordnet haben, in Absicht auf die Hauptsache ohne alle rechtliche Wirkung, und so gut, als ob derselbe gar nicht wäre abgeredet worden [63]). II) Naturalia pacti können zwar von den Paciscenten durch Nebenverabredungen abgeändert werden, nur darf diese Veränderung nicht von der Art seyn, daß der wesentliche Zweck des eingegangenen Contracts dadurch aufgehoben wird. Z. E. wenn beym Pfandcontract verabredet würde, daß das Pfand nie veräussert werden dür-

 se.

63) Ich will hier zur Erläuterung vorjetzt nur auf VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 5. verweisen, denn ein mehreres wird unten §. 311. in der Lehre de pactis adiectis vorkommen. VOET sagt nämlich a. a. O. Si pactum adiicitur ita, ut ipsam contractus subvertat substantiam, generali non potest definitione tradi, quid iuris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium, dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt. *L.* 31. *D. de obligat. et action.* quandoque, valente principali negotio, irritum est et inutile pactum adjectum, veluti *si id in deposito* aut precario actum fuerit, ne intra *certum tempus* rem depositam, precariové concessam repetere liceat; *L. 1. §. 45. et 46. D. depositi, L. 12 D. de precario*; quandoque ipsum immutatur principale negotium, sic ut ex vi pacti contra substantiam adiecti transeat in aliam negotii speciem; quod fit in emtione inita cum pacto de pretio non solvendo, quo casu donatio esse creditur; *L. ult. D. pro donato*, junct. *L.* 36. *et* 38. *D. de contrah. emt.* uti et in donatione mortis causa cum pacto, ut nullo casu revocetur; quippe quae ex tali adjectione perinde habenda est, ac alia quaevis inter vivos donatio. *L.* 27. *D. de mortis causa donat.*

se. Endlich III) Accidentalia pacti werden nie vermuthet, sondern entstehen, wenn die naturalia durch besondere Verabredungen der Paciscenten abgeändert worden sind. Sie müssen daher im Läugnungsfalle erwiesen werden [64]).

§. 306.

Unterschied zwischen den mancherley Arten der Verträge, insonderheit zwischen den pactis und contractibus nach der Lehre des röm. Rechts.

Nach dem römischen Rechts-System haben nicht alle Verträge dieselbe rechtliche Wirkung, sondern diese hängt von dem mannichfaltigen Unterschiede ab, welchen die Römer zwischen den verschiedenen Arten der Verträge machten. Das römische Recht unterscheidet nämlich zwischen pactis affirmativis sive obligatoriis, und pactis negativis s. liberatoriis, welche auch pacta de non petendo genennt werden, und theilt erstere wieder in Contractus und eigentliche pacta, letztere aber in simple *(pacta nuda)* und klagbare Verträge *(pacta non nuda)* ein [65]). Eine conventio heißt *obli-*

64) Von den mancherley Bestimmungen der Verträge und ihrer Wirkung handeln ausführlich AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 12 und *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. IV. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 12.)

65) Man vergleiche über diesen Gegenstand *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. I. sqq. (*Thes. Meermann.* T. IV.) NOODT de pactis et transactionibus cap. 9. sqq. *Marc. Aurel.* GALVANUS de usufructu Cap. 16. et 17. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Diss. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adjectis cap. 1. (*Lugd. Bat.* 1699.) *Guil.* BEST Orat. de pactorum et contractuum sec. ius gent. et rom. natura et aequitate, bey desselben *Ratione emendandi leges*, Lips. 1745. p. 69. sqq. besonders aber

obligatoria oder *affirmativa*, wenn dadurch eine gewisse Forderung, eine Schuldverbindlichkeit begründen wird. Wenn hingegen durch den Vertrag eine vorhanden gewesene Schuldverbindlichkeit oder Forderung des Gläubigers aufgehoben wird, so wird ein solcher Vertrag *conventio liberatoria*, sive *negativa* sive *pactum de non petendo* genennt. Die Wirkung der negativen oder liberatorischen Conventionen ist nach dem römischen Rechte verschieden. Es kam nämlich darauf an, ob die Convention, wodurch die Schuld erlassen wurde, schon durch ein Civilgesetz bestätiget war, (conventio legitima)[66]) oder nicht (conventio nuda). Im ersteren Falle war die Forderung des Gläubigers durch das pactum ipso iure zernichtet, das heißt, die Klage gieng durch das pactum dergestalt zu Grunde, daß der Beklagte nicht einmal nöthig hatte, die exceptionem pacti anzuführen[67]). Z. B. wenn ich dem andern versprach, daß ich wegen der mir zugefügten Injurie, oder wegen des begangenen Diebstahls wider ihn nicht klagen wollte; so erklären schon die zwölf Tafelgesetze diesen Vertrag für verbindlich, mein Recht zu klagen war also hier ipso iure zernichtet[68]). Im zweyten

aber LANGSDORF cit. Tract. de pactis et contractibus Romanor. Sect IV. §. 18. sqq.

66) *L. 6. D. h. t. Legitima conventio* est, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel *tollitur*, quoties Lege vel Senatusconsulto adiuvatur. S. NOODT de pact. et transact. cap. 13.

67) *L. 17. §. 1. L. 27. §. 3. D. h. t.* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. XV.

68) Die hierher gehörigen Stellen der Zwölftafelgesetze sind schon an einem andern Orte §. 287. Not. 27. S. 45. dieses vierten Theils erläutert worden.

ten Falle hingegen, da kein bürgerliches Gesetz der negativen Convention bestand, gab der Prätor dem Beklagten eine Exception, wodurch er sich gegen die Klage schützen konnte, wenn der Gläubiger dem Vertrage zuwider die erlassene Schuld dennoch forderte [69]). Was die pacta affirmativa s. obligatoria betrift, so unterscheidet das römische Recht wieder zwischen Contracten und eigentlichen Verträgen. Contractus werden im eigentlichen Sinne des römischen Rechts diejenigen Verträge genennt, welchen schon nach den ältern und allgemeinen bürgerlichen Gesetzen ein rechtlicher Grund (*causa*, συνάλλαγμα) [70]) beygelegt war, weswegen sie eine Klage wirkten [71]). Alle übrige

69) *L. 17. §. 2. D. h. t.* wo gesagt wird, daß, wenn dem Schuldner die Schuld durch einen blosen Vertrag erlassen wird, auch die aus der Hypothek entstehende prätorische Klage durch eine Exception zu Grunde gehe. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 16. et 17.

70) *L. 7. §. 1. 2. et 4. D. h. t.* Aus diesen Stellen erhellet, daß *causa* hier ein solcher rechtlicher Grund heißt, welcher machte, daß aus einer Convention schon von jeher nach allgemeinen Rechtsregeln geklagt werden konnte. Daher schränken diejenigen (z. E. *van* WACHENDORF in Diss. de pactis nudis Cap. II. §. 7. LANGSDORF cit. Tract. Sect. IV. §. 21.) den Begriff offenbar zu sehr ein, welche darunter blos die wirkliche Abgebung einer Sache, oder Leistung der versprochenen Handlung, mit welcher der Contract seinen Anfang nimmt, verstehen wollen. S. Hugo civilistisches Magazin 1. Band. 4 Heft S. 458.

71) Zuweilen wird jedoch das Wort *Contractus* von den römischen Rechtsgelehrten in einer uneigentlichen und so weitläuftigen Bedeutung genommen, daß dadurch alle Arten verbindlicher Handlungen, selbst die unerlaubten mit eingeschlossen, bezeichnet

übrige Conventionen hingegen, welche eine solche causam ex regulis generalibus iuris civilis obligatorum nicht hatten, hießen pacta im eigentlichen Verstande, und diese wirkten, wie Ulpian[72]) sagt, eigentlich keine obligationem, d. i. keine klagbare Verbindlichkeit, kein Recht zu klagen, wenn sie nicht entweder mit dem Contract sogleich verbunden, und demselben dergestalt einverleibt worden, daß sie einen Theil desselben ausmachten, oder durch den Prätor bestätiget, oder durch ein neueres Civilgesetz ausdrücklich für klagbar erklärt worden sind. Daher theilte man die eigentlichen Verträge wieder in pacta nuda und non nuda ein. Es ist schwer, solche wesentliche Kennzeichen von Contracten anzugeben, wodurch man solche von andern klagbaren pactis unterscheiden könnte, zumal wenn man sich von der causa civili einen solchen Begriff, wie unser Verfasser, macht, wenn dieser sagt: es sey ratio sufficiens a lege approbata, ob quam conventio actionem producit. Es ist daher schon von andern bemerkt worden, daß der Begriff von einem Contract ganz historisch sey, und

net werden. So z. B. sagt Paulus *L. 20. D. de iudiciis*: omnem obligationem *pro contractu* habendam esse; ut ubicunque aliquis obligatur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur; und Tryphonin erklärt sich *L. 52. D. de re iudicat.* eben so: Si rerum amotarum cum viro agatur, in solidum condemnari debet, quoniam ex *malo contractu* actio oritur. Siehe auch *L. 15. D. de donat.* und *L. ult. D. de accusat.* Von der verschiedenen Bedeutung des Worts *Contractus* handeln D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 2. WESTENBERG de caussis obligationum Dissert. II. Cap. II. §. 3. und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 85. Not. 2. S. 76.

72) *L. 7. §. 4. D. h. t.*

und daß man, um beyde Arten von Conventionen zu unterscheiden, nothwendig zu an sich zufälligen Thatsachen seine Zuflucht nehmen müsse [73]).

Ob die Römer gleich von Anfang Contracte von andern pactis unterschieden haben, läßt sich, bey dem Mangel an sichern Nachrichten mit Gewißheit nicht bestimmen. Man behauptet zwar insgemein, daß die Römer sich in den ersten Zeiten bloß nach natürlichen Rechten gerichtet hätten, und daher Anfangs ohne Unterschied alle Verabredungen bey ihnen verbindlich gewesen wären [74]). Allein da man neuerer Zeit wieder angefangen hat, die vollkommene Verbindlichkeit aus Verträgen selbst nach dem Naturrecht zu bestreiten [75]): so ist auch diese Hypothese noch sehr unsicher. Merkwürdig ist es indessen, was Dionyß von Halicarnaß [76]) erzählt, schon unter Numa sey es Sitte gewesen, die Contracte öffentlich und vor Zeugen zu schließen. Damit aber auch diejenigen gehalten werden möchten, die ohne Beyseyn von Zeugen geschlossen worden, so habe er der Fidei publicae einen Tempel geweyhet, und befohlen, daß bey Streitigkeiten über Contracte der Eyd und

73) Hugo a. a. O. S. 456.

74) S. LANGSDORF im angef. Tractat. §. 18. Griesinger über die Verbindlichkeit der Verträge §. 4. *Io. Melch. Gottl.* BESEKE Diss. de origine modorum contrahendi apud Romanos. *Halae* 1772. §. 5. Tafingers Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland S. 74. §. XXII.

75) Hugo Lehrbuch der Rechtsgeschichte §. 30. Schmal Recht der Natur 1. Th. §. 114 — 118.

76) *Antiquitat. Rom.* Lib. II. pag. 134. (edit. *Sylburg.* Lipsiae 1691. fol.)

und das Gewissen des Gegentheils entscheiden sollte. Eben dieser Geschichtschreiber erzählt weiter[77]), daß König Servius Tullius funfzig Gesetze von Contracten und Verbrechen gegeben. Allein da Dionyß weder den Inhalt dieser Gesetze anführt, noch auch mit Gewißheit gesagt werden kann, was sich Dionyß, als Grieche, von Contracten für einen Begriff gemacht habe, so scheint mir dieser Beweiß doch noch viel zu schwach zu seyn, um mit Meister[78]) behaupten zu können, daß der Unterschied zwischen Contracten und pactis gleichsam mit dem römischen Volk selbst entstanden sey. Es ist indessen sehr wahrscheinlich, daß Servius Tullius durch seine Gesetze den wucherlichen Contracten der Patrizier, von denen die verschuldeten Bürger sehr gedruckt wurden, zu Gunsten der letztern werde Gränzen gesetzt, und dieselben daher vorzüglich den Darlehnscontract betroffen haben[79]). Denn Dionyß nennt diese Gesetze von Contracten an einem andern Orte[80]) *τὺς νόμυς φιλανθρώπυς καὶ δημοτικὺς*. Sollte daher schon wirklich unter den Königen ein Unterschied zwischen contractus und pacta gemacht worden seyn, so bin ich geneigter mit Hrn. Prof. Schmalz[81]) zu glauben, daß man Anfangs nur die Verträge

77) L. IV. pag. 218.

78) in Diss. de in factum actionibus Cap. I. §. 5. (in *Opuscul.* Syll. I. §. 315. sq.)

79) Eben dieses muthmasset auch *I. Gottl.* MÜLLER in brevi Disputat. ad historiam iuris Rom. de contractibus antiquissimam, praemiss. EIUSDEM *vindiciis contractus aestimatorii secundum eos, qui in nominatorum numerum asserunt, tentatae. Lipsiae* 1778.

80) Lib. V. pag. 278.

81) in dem reinen Naturrecht. §. 118. S. 90.

träge, auf welche hin eine Leistung geschehen war, Contracte genennt habe[82]), als daß die feyerliche Frage und Antwort (Stipulatio) wie der seel. Hofr. Meister[83]) annimmt, die erste wesentliche Form der Contracte ausgemacht habe. Erst in der Folge fieng man an, die Verträge in eine gewisse Form einzukleiden, welche vorzüglich in der Feierlichkeit der Stipulation bestand. Den Anlaß hierzu gaben die Patricier, welche besondere Formeln vorschrieben, um sich dadurch einen Einfluß in alle Geschäfte der Bürger zu verschaffen, und hierdurch den Pöbel ganz von sich abhängig zu machen[84]). Doch hatte man bey Einführung dieser Förmlichkeiten in Ansehung der Verträge auch noch andere Gründe[85]). Man billigte sie, a) damit nicht ein jeder durch ein unüberlegtes Versprechen in eine ihm nachtheilige Verbindlichkeit gezogen würde, sondern Zeit hätte, die Sache wohl zu überlegen, weshalb er sich verbindlich machen wollte; b) damit nicht unnöthige und weitläuftige Processe entstehen möchten, sondern solche sogleich nach der beym Geschäft zum Grunde gelegten Formel entschieden werden könnten[86]). Es ist sehr wahrscheinlich, daß zu den

Zeiten,

82) *L. 1. D. de contrah. Emt. vend.*

83) Diss. cit. Cap. I. §. 9.

84) CICERO *de Orator.* I. 41. und in Orat. *pro Murena* cap. 11. S. *Io. Hieron.* STENGER Diss. de iure formulario Romanor. seu de legis actionibus ex XII. Tabulis descendentibus. *Lipsiae* 1709. *Io. Gottl.* HEINECCII Orat. de iurisprudentia vet. Rom. formularia. *Franequerae* 1724. rec. 1734. 4.

85) *Io.* LUZAC Diss. exhib. observationes nunnullas apologeticas pro ICtis Rom. *Lugd. Batav.* 1768.

86) Hugo civilist. Magazin 1. B. 4. Heft S. 415.

Zeiten, da das Formularwesen bey allen sowohl gerichtlichen als aussergerichtlichen Geschäften einmal eingeführt war, jeder Vertrag, wenn er eine klagbare Verbindlichkeit wirken sollte, in den Form der Stipulation eingegangen seyn mußte, wenn nicht etwa der eine Theil schon dasjenige geleistet hatte, was den Gegenstand des Vertrags ausmachte, und nur auf Zurückgabe des Seinigen klagte. Denn derjenige, welcher gestand, daß ihm der Kläger etwas geliehen, konnte sich dadurch von der Zurückgabe des Empfangenen oder einer andern Sache von gleichem Werthe nicht befreyen, daß er sagte, es sey keine Förmlichkeit bey der Uebergabe beobachtet worden, weil diese Unverbindlichkeit einen Paciscenten mit dem ungerechtesten Nachtheil des andern bereichert hätte. Zu den **Contracten** gehörten also Anfangs nur solche Verträge, die durch Uebergabe einer Sache, oder durch Leistung einer Handlung, oder sonst durch rechtliche Formeln eingegangen waren [87]). Alle übrigen waren bloße **pacta**. Allein je mehr die Einwohner des römischen Reichs sich ausbreiteten, je häufiger das Commerz unter ihnen wurde, desto weniger war es möglich, alle Conventionen, deren volle bürgerliche Rechtswirkung nothwendig war, in eine Stipulation einzukleiden, oder sogleich durch Uebergabe zu vollziehen; und doch war es nun einmal Grundsatz des römischen Rechts geworden, daß eine Convention eine causam civilem obligandi haben müsse, wenn sie eine klagbare Verbindlichkeit hervorbringen soll. Die Theorie des Rechts bequemte sich also nach diesem veränderten Zustande der Dinge,

87) S. Hrn. Prof. **Hufelands** Lehrbuch der Geschichte und Encyklopädie aller in Deutschland geltenden positiven Rechte 1. Th. 1. Abth. §. 288.

ge, und so dispensirte man wahrscheinlich durch die disputationem fori[88]) einige im gemeinen Leben am häufigsten vorkommende Verträge von der Form der Stipulation, und nahm sie in die Zahl der Contracte auf, so daß sie, auch ohne Stipulation, blos durch die erklärte Einwilligung der Paciscenten eben so verbindlich wurden, wie bey andern Völkern. So ward man durch die Nothwendigkeit des bürgerlichen Verkehrs veranlaßt, Consensual-Contracte zu sanctioniren, welche nun neben den Real-Contracten die dritte Gattung klagbarer Verträge ausmachten. Zuletzt erfand man noch eine Art von Contracten, bey denen ein schriftliches Schuldbekenntniß, wenn es ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hatte, die Ursache und Form der bürgerlichen Verbindlichkeit ward. Ausser diesen Contracten wurde nun zwar noch manchen einzelnen Arten der bloßen Verträge sowohl vom Prätor als durch neuere Verordnungen der römischen Kaiser eine klagbare Verbindlichkeit ertheilt, allein sie behielten doch den gemeinen Namen der pactorum, weil sie ihre Klagbarkeit erst erhielten, nachdem gleichsam die Zahl der Contracte schon geschlossen war. Bloß aus diesem Grunde sind die pacta legitima keine Contracte. Denn a priori läßt sich schwerlich zeigen, warum ein Kauf, aber keine Schenkung, ein Contract sey[89])? Aus dieser kurzen historischen

88) Vergleiche MEISTERI Diss. de in factum actionibus Cap I. §. 19. in *Opusc.* p. 343. sqq. und Tafingers Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland 2 Buch S. 112. §. LIII.

89) Sehr richtig bemerkt hierbey Hr. Prof. Hugo im civil. Magazin 1. B. 4. Heft S. 457. daß, wenn der blose Consens über eine

rischen Darstellung lassen sich übrigens folgende Kennzeichen der Contracte wahrnehmen.

1) Aller Contract muß eine Convention enthalten. Daher sagt schon Pedius beym Ulpian[90]) nullum esse contractum, qui non habeat in se conventionem. Geschäfte, aus denen Obligationen quasi ex contractu entstehen, sind also keine Contracte.

2) Die conventio muß obligatoria seyn, das heißt, sie muß in der Absicht eingegangen seyn, daß dadurch eine obligatio, die vorher nicht vorhanden war, also eine Forderung und Schuld, die das Mein und Dein betrift, und die durch Solution getilgt werden soll, begründet und festgesetzt werde[91]). Obligationum enim substantia, sagt Paulus[92]) im zweiten Buch seiner Institutionen, non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed *ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.* Non satis igitur est (scil. in mutuo) dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur: sed etiam *hoc*

eine künftige Schenkung etwa schon zu Cicero's Zeiten, oder überhaupt damahls, als der Römische juristische Sprachgebrauch sich bildete, eine Klage bewirkt hätte, wir dieses Geschäft eben so natürlich unter die Consensualcontracte setzen würden, als jedes andere.

90) *L. 1. §. 3. in fin. D. h. t.*

91) Man vergleiche hier vorzüglich Hugo's civilist. Magazin 1. B. S. 466. folg.

92) *L. 3. pr. et §. 1. D. de obligat. et action.* Diese Stelle erklärt sehr gut Hr. Prof. Woltär in der Hallischen jurist. Bibliothek 1. Versuch S. 75. folgg.

animo dari et accipi, *ut obligatio constituatur* [93]). Eine conventio liberatoria kann daher nie ein Contract seyn.

3) Die Convention muß eine klagbare Verbindlichkeit wirken. Dadurch unterscheiden sich Contracte von den pactis nudis.

4) Sie muß diese Wirkung an sich und ihrer Natur nach hervorbringen, also nicht, wie ein pactum adjectum, einem andern Hauptgeschäfte zu verdanken haben. Endlich

5) die Convention muß von je her und schon nach allgemeinen Regeln des römischen Civilrechts eine Klage gewirkt haben. Zwar wurde der Emphyteutische Contract erst vom Kr. Zeno zu einem eigenen Contract gemacht, man kann aber doch nicht sagen, daß vor dem Zeno die Emphyteusis noch gar kein Contract gewesen wäre. Sie war nur noch kein eigener, kein selbstständiger Consensual-Contract, denn man stritte darüber, ob man sie zum Pacht- oder Kauf-Contract rechnen sollte [94]). Auf diese Art sind also Contracte von den sogenannten pactis legitimis und praetoriis zu unterscheiden [95]).

§. 307.

Verschiedenheit der *causae civilis* bey Contracten, und daher entstehende Eintheilung der Contracte.

Die causa civilis, wodurch Verträge zu Contracten erhoben werden, und welche also, wie bereits oben bemerkt wor-

93) In dieser Hinsicht sagt THEOPHILUS in Paraphrasi graeca Institut. Lib. III. Tit. XIII. §. 2. nicht unrecht: CONTRACTUM esse *conventionem ad constituendam obligationem initam, ut alter alteri fiat obnoxius.*

94) *L. 1. Cod. de iure emphyteut.*

95) *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iuris civ. Lib. III. Tit. II. §. 386.

worden ist, in dem rechtlichen Grunde bestehet, vermöge welchen bey den Römern eine Convention schon an sich und von jeher, nach allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, eine klagbare Verbindlichkeit wirkte[96]), ist nun verschieden. Unser Verfasser nimmt folgende drey Gattungen an. I) Die Form, welche die Gesetze einer gewissen Art der Verträge gegeben, vermöge welcher sie nicht nur einen gewissen Namen haben, sondern auch eine Klage gleichen Namens hervorbringen. II) Die Erfüllung, welche bey einer Bilateral-Convention von einem der Paciscenten geschehen, und von dem andern angenommen worden ist, und III) einen von den Gesetzen fingirten Consens. Letzterer soll die causa civilis bey den sogenannten Quasi-Contracten seyn. Allein die Gesetze kennen diese letztere causam nicht und da die Geschäfte, bey denen obligationes quasi ex contractu entstehen, sicher gar keine Convention sind, so läßt sich hier keine causa civilis contractuum gedenken[97]). Noch weniger aber kann das Figment eines erdichteten Consenses derselben Stelle vertreten, wie bey dem folgenden §. gezeigt werden soll. Sodann fällt bey der Beschreibung der Form unter Nr. I. in die Augen, daß unser Verfasser causam und nomen contractuum mit einander verwechselt habe.

96) MADIHN a. a. O. sagt: CAUSA *contractuum non est, nisi complexus requisitorum, quae adesse debent, ut conventio per se ex generali Iuris sanctione primitus obligationem civilem plenam producere possit.*

97) Es hat diesen Irrthum unsers Verf. auch schon Hr. Prof. Weber in seinem klassischen Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24. Not. 6. nach Verdienst gerügt.

Die causa civilis contractuum ist vielmehr vierfach. Sie bestehet entweder

1) in einer wirklichen Leistung, welche von Seiten des einen Contrahenten erfolgt ist; oder

2) in der Feierlichkeit mündlich ausgesprochener Worte; oder

3) in dem bloßen Consens der Partheyen in eine wechselseitige Prästation, oder endlich

4) in einem schriftlichen Aufsatze, der ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hat.

Nach dieser vierfachen causa giebt es auch viererley Gattungen von Contracten.

1) Realcontracte, welche erst durch eine erfolgte Uebergabe oder sonstige Prästation ihre vollkommene Verbindlichkeit erhalten [98]. Z. E. Das Darlehn, die Hinterlegung, der Leyh- und Pfandcontract.

2) Verbalcontracte, deren verbindliche Kraft in der Förmlichkeit mündlich ausgesprochener Worte liegt. Z. B. Die Stipulation, ehemals auch die dotis dictio.

3) Con-

98) Es ist eine unrichtige Idee, Realcontracte durch solche Geschäfte zu erklären, die dadurch erst verbindlich werden, daß der eine Theil sein Versprechen erfüllet hat. Wie kann man z. B. die Uebergabe im Depositum, durch welche der Contract seinen Anfang nimmt, die Erfüllung eines Versprechens nennen, ohne dem Sprachgebrauche Gewalt zu thun, der mit dem Worte Versprechen den Begriff vortheilhafter Aussichten für den andern, welchem das Versprechen geschiehet, verbindet?

3) **Consensualcontracte**, die durch den bloßen Consens der Partheyen in eine wechselseitige Prästation vollkommen obligatorisch sind, als Kauf, Pacht, Bevollmächtigung, Societät und Emphyteusis.

4) **Literalcontracte**, deren verbindliche Kraft in einem schriftlichen Aufsatze gegründet ist, welcher ein gewisses gesetzlich bestimmtes Alter erreicht hat; dergleichen durch Ausstellung eines Schuldscheins über ein Darlehen und über den Empfang einer Brautgabe entstehen kann[99].

§. 308.

Nomen contractuum, und daher entstehende Eintheilung derselben in nominatos und innominatos. Begriff von den sogenannten Quasi-Contracten.

Von der causa contractuum muß nun nomen contractuum wohl unterschieden werden. *Nomen* heißt hier ein solcher Name, der in den Gesetzen einem Contracte beygelegt wird, und die besondere Eigenschaft mit sich führt, daß eine eigene und von dem Contract benannte Klage dabey Statt findet. Ursprünglich, wie man anfieng Contracte von den übrigen pactis zu unterscheiden, war keine Convention, als Contract, obligatorisch, für welche nicht auch in der römischen Proceßordnung eine eigene Klage genannt war. Alle Contracte mußten also nicht nur causam sondern auch nomen haben[100]. Zu dem Ende hatte man für jeden Contract eine besondere Klagformel, die in dem albo Praetoris verzeichnet

99) D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 15.

100) Man sehe hier vorzüglich nach MEISTERI Diss. cit. de in factum actionibus §. 20. u. 21.

zeichnet war, und welche die Gattung und den Namen des Contracts ausdrückte: Z. B. *Ajo te mihi mutui, commodati, depositi nomine, dare centum oportere: Ajo te mihi ex stipulatu, locato, dare facere oportere* u. s. w. [1]). Eine Convention, für welche keine dergleichen Formel in albo Praetoris genannt war, konnte demnach Anfangs kein Contract seyn. Weil aber doch im gemeinen Leben noch manche Conventionen vorkommen, die sich zwar wegen der Erfüllung, welche von Seiten des einen Paciscenten geschehen war, zu Realcontracten qualificirten, auf welche jodoch die Namen und Klagformeln nicht paßten, welche die Rechtssprache und Proceßordnung für die gangbaren Contracte bestimmt hatte, z. B. ich habe dir eine Sache in der Absicht gegeben, daß du mir eine andere gebest, oder ich habe dir meinen Sklaven Stichus gegeben, daß du dagegen deinen Sklaven Pamphilus frey lassen sollst; u. dgl. so erfand man noch allgemeine, auf das Wesen solcher Conventionen gerichtete, Formeln ohne besondere Namen: nämlich do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; und nahm sie auf solche Art der Billigkeit wegen unter die Contracte auf. Diese Contracte nannte man zum Unterschied von denjenigen, welche in dem Album des Prätors verzeichnet waren, negotia nova, contractus incertos, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt [2]). Die Mannichfaltigkeit dieser neuen Contracte erlaubte es nicht, auch für diese gewisse Klagformeln zu bestimmen. Es konnte also bey diesen Geschäften nur eine allgemeine Klage, die *actio in factum*, statt

finden,

1) BRISSONIUS de Formulis Lib. V.

2) Vid. tot. Tit. Dig. *de praescriptis verbis et in factum actionibus.*

finden, deren Formel in jedem vorkommenden Falle nach Maasgabe des eingegangenen Vertrages, so wie der Client den Vorgang der Sache mündlich oder schriftlich vortrug, verfaßt werden mußte; woraus sich auch der Name *actio praescriptis verbis* erklärt [3]). So entstand also die Eintheilung der Contracte in benannte und unbenannte; je nachdem sie entweder eine eigene vom Contract benannte, oder nur die allgemeine Klage in factum, praescriptis verbis, hervorbringen [4]). Eigentlich lassen sich nur die Realcontracte auf diese Weise eintheilen. Denn die übrigen Gattungen der Contracte sind ohne Unterschied contractus nominati. Es ist daher ganz unrichtig, wenn man das Wort nomen blos auf die Consensualcontracte, das Wort causa aber blos auf die Realcontracte ziehen will [5]). Denn Ulpian [6]) gedenkt außer den Consensualcontracten ausdrücklich auch des Commodats, der Hinterlegung u. a. d. unter den benannten Contracten, und unterscheidet davon diejenigen Realcontracte, die kein nomen sondern nur causam haben.

Ich komme nun auf die sogenannten Quasicontracte, welche unser Verfasser auch als eine besondere Gattung der

3) S. MEISTER cit. Diss. Cap. II. §. 32. auch *Ios. Fernandez de* RETES Opusculor Lib. II. cap. 6. (*Thes. Meermann.* Tom VI. pag. 102.)

4) D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 9. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 21.)

5) Hr. Prof. Hugo hat deßhalb den Langsdorf mit Recht getadelt. S. civilist. Magazin 1. Band S. 458.

6) *L. 7. §. 1. et 2. D. h. t.* über welche Stelle besonders NOODT de pactis et transactionibus Cap. IX. nachgesehen zu werden verdient.

der Contracte betrachtet, deren causa civilis in einem gesetzlich fingirten Consens der Partheyen liegen soll [7]). So mannichfaltig auch die Ideen sind, die sich die Rechtsgelehrten von den Quasicontracten machen, so ist doch wohl gewiß die Vorstellung unsers Verfassers bey weiten die unrichtigste. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck quasi contractus im ganzen Justinianeischen Rechte nicht vorkommt, indem die Gesetze blos von Geschäften reden, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen [8]), und hierdurch deutlich genug zu erkennen geben, daß solche weder Verträge noch Contracte sind [9]), weil bey denselben weder ein Versprechen noch weniger eine Acceptation vorhanden ist, ohne welches sich doch kein Vertrag denken läßt [10]); so erfordert ja

1) jede rechtliche Fiction, wenn sie kein Hirngespinst seyn soll, ein Gesetz, wodurch etwas für wahr angenommen wird,

7) Eben dieser Meinung sind *Ger.* NOODT de pactis et transaction. cap. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Disp. II. Cap. 3. §. 18. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. II. cap. II. Membr. XIV. §. 1. *Chr. Iac.* ZAHN Diss. de fictionibus iuris Rom. *Tub.* 1787. p. 34. sq. u. a. m.

8) S. Lib. III. Institut. Tit. 28.

9) Es ist dieses besonders aus der *L.* 5. §. 3. *D. de Obligat. et action.* sehr deutlich wahrzunehmen, wo gesagt wird, wer eine Nichtschuld aus Irrthum bezahlt, thue solches nicht sowohl animo contrahendae, als vielmehr distrahendae obligationis.

10) Man vergleiche hier WOLTAER Observation. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertinent. Fasc. I. Observat. 18. und Webers system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24. S. 68. ff.

wird, so zwar wirklich nicht geschehen, aber doch möglich ist. Dieses ist der Begriff, den unser Verfasser selbst §. 140. von einer Fictione iuris giebt. Wo ist nun aber wohl im ganzen Corpus Juris ein Gesetz von einer solchen Fiction des Consenses, als man bey den Quasicontracten annimmt?

2) Wo die Gesetze auch hin und wieder Fictionen annehmen, z. B. bey Adoptionen, da müssen solche doch der Natur der Sache und andern Gesetzen nicht zuwider seyn. Dieses geschiehet aber in den Quasicontracten nach dem Begriff des Autors offenbar, weil auch Kinder, Unmündige, gerichtlich erklärte Verschwender, Wahnsinnige und andere Personen, die nach den Rechten gar keinen Consens ertheilen können, quasi ex contractu verbindlich gemacht werden können[11]). Ist es nun nicht ein evidenter Widerspruch, den Consens von solchen Personen zu fingiren, der doch nach den Gesetzen selbst ungültig ist? Endlich

3) giebt es Fälle, wo Jemand quasi ex contractu haften muß, der nicht allein nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt hat. Z. B. wenn ich eines andern baufälliges Haus repariren lasse, der es mir ausdrücklich verboten hat. Ferner, wenn ich gegen das Verbot des Erben, daß man den Verstorbenen nicht solle beerdigen lassen, mich dennoch der Beerdigung desselben unterzogen habe, so befreyet ihn dennoch sein Verbot nicht, mir die Kosten zu erstatten[12]). Daß nun jemand zugleich in eine und eben dieselbige Sache gewilliget und nicht gewilliget haben solle,

11) *L. 3. §. 5. L. 6. §. 1. D. de Negot. gest.*

12) *L. 14. §. 13. D. de Religios.*

solle, ist ein Widerspruch und eine Unmöglichkeit, die sich doch wohl nicht fingiren läßt[13]).

Andere sind zwar dadurch der Wahrheit näher gekommen, daß sie die Quasicontracte aus der Reihe der Verträge ganz ausschließen; allein wenn sie darunter ohne Unterschied erlaubte Handlungen verstehen, durch welche jemand auch ohne sein Wissen und ohne seine Einwilligung eben so gut verpflichtet werde, als ob er einen Contract geschlossen hätte[14]), so haben sie nicht bedacht, daß die Gesetze nur eine sehr geringe Anzahl von Rechtsfällen bestimmt haben, bey welchen nach ausdrücklicher Verordnung derselben, auch ohne Convention, eben solche Verbindlichkeiten unter den Partheyen entstehen sollen, als ob ein Contract unter ihnen eingegangen wäre[15]). In dem Titel der Institutionen de obli-

13) Das Lächerliche eines solchen fingirten Consenses bey den Quasicontracten haben auch schon COCCEJUS in iur. civ. controv. h. t. Qu. XII. und EMMINGHAUS ad Eundem Not. o. pag. 228. deßgleichen *Lud. God.* MADIHN ad *Menckenii* doctrin. de actionibus forens. Not. 970. pag. 310. u. WALCH in Controv. I. C. Sect. III. cap. VI. §. I. gezeigt.

14) S. *Wolr.* BURCHARDI Diss. causam principem quasi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam. *Herbornae 1750. Io. Dav.* DIETERICI Diss. de genuina QUASI notione iuridica. *Goett.* 1740. §. 55. sqq. HEINECCIUS in Institut. iur. civ. nach Höpfner §. 934.

15) Schon *Ge. Sam.* MADIHN in Institut. iuris civ. (*Halae* 1764.) §. 421. bemerkt ganz richtig: *eiusmodi obligationem quasi ex contractu non adsumendam esse, nisi* IURIS DISPOSITIO *demonstrari possit, quae facto cuidam licito, a consensu autem diverso, efficaciam producendi obligationem ita indidit, ut in eas personas talis obligatio inde proficisceretur, quasi*

obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur, werden folgende Fälle angeführt: 1) Die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Eigenthümers; 2) die Führung einer Vormundschaft; 3) die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Erbschaft, oder sonstiger Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer dem Societätscontract, ohne Auftrag der Mitinteressenten; 4) die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse; und 5) der Empfang einer Nichtschuld [16]). Allein diese Geschäfte kommen nun zwar darin mit einander überein, daß sie 1) lauter erlaubte Handlungen sind, aus denen schon nach der natürlichen Billigkeit eine vollkommene Verbindlichkeit entspringt; 2) daß kein Theil dem andern ausdrücklich etwas versprochen; vielweniger 3) durch Worte oder Handlungen eine wechselseitige Einwilligung erkläret worden; ja es ist 4) die Errichtung eines wirklichen Vertrags unter den angenommenen Umständen zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, sondern auch zum Theil nach vorausgesetzter Beschaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Allein deswegen erschöpfen doch alle diese Eigenschaften noch nicht den eigentlichen wesentlichen Charakter der sogenannten Quasicontracte. Denn es muß doch seinen Grund haben, warum gerade diese Geschäfte, und keine anderen, unter

re contractus initus esset. Quo ex principio eorum doctrina facile repellitur, qui numerum earum obligationum, quae quasi ex contractu nascuntur, mirifice augent.

16) Ob ausser diesen Geschäften es noch andere gebe, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen, ist streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte nehmen noch die **Litiscontestation**, ferner die receptio in navem, cauponam, stabulum an. Davon §. 486. 503. ein mehreres.

unter die Quellen der Obligationum quasi ex contractu gerechnet werden? **Langsdorf** glaubt[17]), das Wesen dieser Quasicontracte bestehe darinn, daß etwas zum Nutzen und Vortheil eines andern ohne desselben Wissen oder vorher eingeholte Einwilligung sey geleistet worden. Sie hätten also eine Aehnlichkeit mit den Realcontracten, von denen sie blos darinn unterschieden wären, daß bey diesen ein wechselseitiger Consens vorhanden ist, bey jenen aber dieser Consens fehlt, und blos auf die zum Nutzen eines andern geschehene Realprästation gesehen wird, auf welcher allein ihre verbindliche Kraft beruhe. Allein daß diese Hypothese nicht auf alle diejenigen Geschäfte anwendbar sey, die in den Institutionen bey den obligationibus quasi ex contractu angeführt werden, hat schon Herr Prof. **Hugo**[18]) richtig bemerkt. Denn wie läßt sich z. B. bey der Antretung der Erbschaft sagen, es sey eine Sache des Legatars zum Nutzen des Erben, welcher quasi ex contractu zur Ablieferung des Vermächtnisses verbunden ist, ohne dessen Einwilligung verwendet worden? Weit scharfsinniger ist daher die Idee, welche Herr Prof. **Weber**[19]) aufgestellt hat. Er sagt, die Verbindlichkeit entspringe hier aus Verhältnissen, welche im Ganzen doch etwas analogisches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist, und wobey wenigstens sonst, nach besondern Grundsätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird. Sie sind also Quasicontracte, weil sich wenigstens bey diesen Geschäf-

17) Tr. de pactis et contract. Romanor. Cap. IX. §. 139. sqq.

18) Civilist. Magazin 1. Band S. 452.

19) system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 24. ff.

schäften, bey denen eine solche Verbindlichkeit angenommen wird, eine auffallende Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte findet. **Westenberg**[20]) führte zwar auch schon diesen Charakter der Quasicontracte an, wenn er sagt: Quaedam sunt negotia, propter aequitatem non tantum obligatoria, sed et *contractibus similia*, quae proinde *Quasicontractus* recte dici potuerunt. *Negotiorum* enim *gestio* et *tutelae administratio* similes sunt *mandato*, nec non quodammodo *hereditatis aditio*. *Rei communio* vero similis est *societati*; et *indebiti solutio mutuo*. Ut adeo mirum videri non debeat, istaec negotia prae aliis, *in quibus tanta similitudo cum contractibus non invenitur*, *Quasi Contractus* vocari. Allein er versahe es darin, daß er diese Bestimmung nicht mit in den Begriff aufnahm, den er von der Sache giebt. Denn ihm[21]) ist ein *Quasicontractus* nur factum non turpe, ex quo citra conventionem nascitur obligatio. Den Hrn. Prof. **Weber** gebührt also allerdings das Verdienst, den Begriff der Verbindlichkeiten quasi ex contractu nach der wahren Meinung der römischen Rechtsgelehrten richtiger bestimmt zu haben, wenn er sagt, es sind solche Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber bestimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage, eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich getroffen worden. Zwar ist die Sache in Ansehung der Erbschaftsantretung nicht außer

20) de causis obligationum Differt. II. Cap. III. §. 13. 14 et 15.

21) a. a. O. §. 7.

ser Zweifel, und wirklich schwer zu bestimmen, an welchen Contract dieses Geschäft gränzen soll. Denn wenn man hier ein solches Verhältniß annimmt, welches den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien darstellt, so ist freylich die Erinnerung des Hrn. Prof. Hugo [22]) nicht ganz ohne Grund, daß sich die Idee eines Bevollmächtigten, der auch ohne alle Rücksicht auf den Bevollmächtiger eine Handlung vornehmen dürfte, oder eines Bevollmächtigers, der das selbst nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, nicht gern unterschieben lasse. Es verstehet sich indessen auch wohl von selbst, daß hier von keiner ganz vollkommenen Aehnlichkeit in der Sache selbst die Rede seyn könne, und daß es, um die Bestimmung quae ex contractu, und deren Veranlassung zu erklären, schon genüge, in der Erbschaftsantretung mit Rücksicht auf die Legatarien im Ganzen etwas anzutreffen, was nach römischen Rechtssätzen sonst nur Folge eines Contracts zu seyn pflegte, und besonders beym mandato vorkam [23]). Denn der Erbe, indem er die Erbschaft antritt, handelt doch gewiß nicht blos zu seinem Besten, sondern befördert in der That auch zugleich das Interesse der Legatarien, weil er ihnen ein wirksames Recht in Ansehung des Nachlasses verschaft, was sie ohne seine Mitwirkung nicht erlangt hätten. Soll nun einmal nach Vorschrift des Civilrechts das Verhältniß, welches durch die Antretung der Erbschaft zwischen dem Erben und den Legatarien begründet wird, als Wirkung eines sonst eigent-

22) a. a. O. S. 453.

23) Hiermit stimmt auch MADIHN in Princip. iuris Rom. de Successionibus (*Francofurti cis Viadr.* 1792. 8.) § 216. überein, wenn er daselbst sagt: *Obligatio haec quasi ex mandato illique similis habetur.*

eigentlich erforderlich gewesenen Contracts angesehen werden, so ist doch unläugbar die Idee eines der Bevollmächtigung ähnlichen Verhältnisses weit natürlicher, als wenn wir mit **Edmund Merillius** [24]) einen Litteralcontract zum Grunde legen wollten [25]). Es läßt sich auch wohl ohne Widerspruch nach römischen Gesetzen [26]) denken, daß ein Bevollmächtigter zuweilen das selbst nicht thun könne, was er einem andern aufträgt,

24) Commentar. in IV. libros Institution. (edit. TROTZII *Traject. ad Rhen.* 1739. 4.) ad §. 4. I. de obligat. quae quasi ex contr. Iste vero quasi contractus, sagt er, accedit *ad litterarum obligationem:* heres enim ex testamento, *quasi ex chirographo*, legatariis obligatur. *L.* 41. *D. ad Leg. Aquiliam.*

25) Da die Gesetze hier nur den Abgang eines sonst eigentlich erforderlichen gewesenen Contracts ergänzten, so konnte vielleicht auch das die Vorstellung erzeugen, daß man die Legatarien gleichsam als solche behandelte, in deren Namen und zu deren Besten ein rechtsgültiger Contract selbst mit dem Testirer geschlossen worden. Hieraus, meint Hr. Prof. Weber a. a. O. S. 27. lasse sich auch gewissermassen die Benennung der actionis *ex testamento* erklären. Siehe auch *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. IV. ad L. 41. §. 13. D. de legat. III. *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 208. n. 1.) und *Io. Christph. Eric.* SPRINGER Diss. inaug. super quaestione: an testamenta magis inter leges, quam inter contractus improprios sive quasi contractus sint referenda? *Erlangae* 1777. Allein dagegen ließe sich vielleicht noch einwenden, daß auf solche Art der Erbe nicht sowohl den Legatarien, als dem Verstorbenen selbst verbindlich geworden wäre. *Tralatitium enim est*, sagt *Ios.* FINESTRES in Praelectionib. Cervariens. ad Tit. Pandect. de acquirenda vel omitt. hereditate P. II. cap. XII §. 14. p. 465. *cum iis nos contrahere, quibus obligamur.*

26) *L.* 25. *Cod. de Procurat. Nov. LXXI. cap.* 1.

trägt, wie schon Hr. Prof. Weber[27]) selbst gegen den Einwurf des Hrn. Prof. Hugo gründlich erinnert hat. So roh übrigens der Grund ist, den Justinian in seinen Institutionen bey den meisten Quasicontracten anführt, nämlich weil hier die Verbindlichkeit aus keinem Contract herrühre, und doch auch noch weniger aus einem Vergehen hergeleitet werden könne[28]), so merkwürdig ist es doch, wenn gerade der Empfang einer Nichtschuld gleichsam als ein Darlehn angesehen wird[29]), welches die Weberische Theorie noch mehr bestärkt. Aus allen erhellet nun also soviel, daß bey den obligationibus quasi ex contractu die Vorschrift der Gesetze gleichsam an die Stelle des Contracts tritt. Der Grund ihrer Gültigkeit ist demnach das Gesetz[30]), welches hierbey Billigkeit und gemeines Beste zum Maasstab nimmt. Warum aber die römischen Gesetzgeber, um Verbindlichkeiten zu begründen, die doch schon das Naturrecht anerkennt, zu einem Quasicontract ihre Zuflucht genommen haben, ist bloß aus der besondern

Den-

27) Von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. Not. 4. S. 29. der neuesten Ausgabe.

28) So z. B. heißt es §. 5. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* Heres quoque legatorum nomine *non proprie ex contractu* obligatus intelligitur: neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest, et tamen, *quia ex maleficio non est obligatus*, QUASI EX CONTRACTU debere intelligitur.

29) §. 6. *I. eodem.* Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, *ac si mutuum ei daretur*, et ideo condictione tenetur.

30) Hufelands Lehrbuch der Geschichte und Encyklopädie aller in Teutschland gelt. positiven Rechte 1. Th. §. 505.

Denkuhgsart der Nation zu erklären. Die älteste Form sich verbindlich zu machen, war bey den Römern unstreitig der Contract. Da nun aus bloßen Verträgen keine klagbare Verbindlichkeit entstand, so reducirte man alle bürgerlich vollkommene Verbindlichkeit, insofern keine unerlaubte Handlung dabey vorlag, auf Contracte. Diese nur waren den Römern bekannt und geläufig, und machten daher gleichsam den Grundstoff aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten aus. Nun hatte der römische Bürger einen überspannt hohen Begriff von seiner Freyheit. Unerträglich schien ihm der Gedanke zu seyn, daß ein Bürger über den andern sich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der letztere sich freywillig dazu anheischig gemacht, oder ein Strafgesetz übertreten hätte. Und doch erforderte nicht selten das gemeine Beste, einen Bürger verbindlich zu machen, wenn auch gleich derselbe weder selbst etwas versprochen, noch sonst etwas Unerlaubtes begangen hätte. Denn in vielen Fällen war nicht einmahl ein Contract möglich. Man erklärte also diese Verbindlichkeiten, der Denkart des Volks gemäß, dadurch, daß man sie quasi ex contractu herleitete, sofern sich in den Verhältnissen der Partheyen Aehnlichkeiten mit wirklichen Contracten fanden [31]). Ich läugne es nicht, daß ich in dieser ganzen Darstellung der Lehre von den sogenannten Quasicontracten dem um die philosophische und elegante Bearbeitung des römischen Rechts so verdienten Herrn Professor **Weber** vorzüglich gefolgt bin, weil ich keinen andern kenne, welcher diese durch die irrigen Sätze der Ausleger so sehr veranstaltete

31) DIETERICH D. de genuina *quasi* notione iuridica. §. 60. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 8.

zeichnet war, und welche die Gattung und den Namen des Contracts ausdrückte: Z. B. *Ajo te mihi mutui, commodati, depositi nomine, dare centum oportere: Ajo te mihi ex stipulatu, locato, dare facere oportere* u. s. w. [1]). Eine Convention, für welche keine dergleichen Formel in albo Praetoris genannt war, konnte demnach Anfangs kein Contract seyn. Weil aber doch im gemeinen Leben noch manche Conventionen vorkommen, die sich zwar wegen der Erfüllung, welche von Seiten des einen Paciscenten geschehen war, zu Realcontracten quaficirten, auf welche jedoch die Namen und Klagformeln nicht paßten, welche die Rechtssprache und Proceßordnung für die gangbaren Contracte bestimmt hatte, z. B. ich habe dir eine Sache in der Absicht gegeben, daß du mir eine andere gebest, oder ich habe dir meinen Sklaven Stichus gegeben, daß du dagegen deinen Sklaven Pamphilus frey lassen sollst; u. dgl. so erfand man noch allgemeine, auf das Wesen solcher Conventionen gerichtete, Formeln ohne besondere Namen: nämlich do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; und nahm sie auf solche Art der Billigkeit wegen unter die Contracte auf. Diese Contracte nannte man zum Unterschied von denjenigen, welche in dem Album des Prätors verzeichnet waren, negotia nova, contractus incertos, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt [2]). Die Mannichfaltigkeit dieser neuen Contracte erlaubte es nicht, auch für diese gewisse Klagformeln zu bestimmen. Es konnte also bey diesen Geschäften nur eine allgemeine Klage, die *actio in factum*, statt finden,

1) BRISSONIUS de Formulis Lib. V.

2) Vid. tot. Tit. Dig. *de praescriptis verbis et in factum actionibus.*

finden, deren Formel in jedem vorkommenden Falle nach Maasgabe des eingegangenen Vertrages, so wie der Client den Vorgang der Sache mündlich oder schriftlich vortrug, verfaßt werden mußte; woraus sich auch der Name *actio praescriptis verbis* erklärt [3]). So entstand also die Eintheilung der Contracte in benannte und unbenannte; je nachdem sie entweder eine eigene vom Contract benannte, oder nur die allgemeine Klage in factum, praescriptis verbis, hervorbringen [4]). Eigentlich lassen sich nur die Realcontracte auf diese Weise eintheilen. Denn die übrigen Gattungen der Contracte sind ohne Unterschied contractus nominati. Es ist daher ganz unrichtig, wenn man das Wort nomen blos auf die Consensualcontracte, das Wort causa aber blos auf die Realcontracte ziehen will [5]). Denn Ulpian [6]) gedenkt außer den Consensualcontracten ausdrücklich auch des Commodats, der Hinterlegung u. a. d. unter den benannten Contracten, und unterscheidet davon diejenigen Realcontracte, die kein nomen sondern nur causam haben.

Ich komme nun auf die sogenannten Quasicontracte, welche unser Verfasser auch als eine besondere Gattung der

3) S. MEISTER cit. Diss. Cap. II. §. 32. auch *Ios. Fernandez de* RETES Opusculor Lib. II. cap. 6. (*Thes. Meermann.* Tom VI. pag. 102.)

4) D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 9. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 21.)

5) Hr. Prof. Hugo hat deßhalb den Langsdorf mit Recht getadelt. S. civilist. Magazin 1. Band S. 458.

6) *L. 7. §. 1. et 2. D. h. t.* über welche Stelle besonders NOODT de pactis et transactionibus Cap. IX. nachgesehen zu werden verdient.

der Contracte betrachtet, deren causa civilis in einem gesetzlich fingirten Consens der Partheyen liegen soll [7]. So mannichfaltig auch die Ideen sind, die sich die Rechtsgelehrten von den Quasicontracten machen, so ist doch wohl gewiß die Vorstellung unsers Verfassers bey weiten die unrichtigste. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck quasi contractus im ganzen Justinianeischen Rechte nicht vorkommt, indem die Gesetze blos von Geschäften reden, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen [8], und hierdurch deutlich genug zu erkennen geben, daß solche weder Verträge noch Contracte sind [9], weil bey denselben weder ein Versprechen noch weniger eine Acceptation vorhanden ist, ohne welches sich doch kein Vertrag denken läßt [10]; so erfordert ja

1) jede rechtliche Fiction, wenn sie kein Hirngespinst seyn soll, ein Gesetz, wodurch etwas für wahr angenommen wird,

7) Eben dieser Meinung sind *Ger.* NOODT de pactis et transaction. cap. 2. *Io. Ortw.* WESTENBERG de causis obligationum Disp. II. Cap. 3. §. 18. *God. Lud.* MENCKEN Introd. in doctr. de actionibus for. Sect. II. cap. II. Membr. XIV. §. 1. *Chr. Iac.* ZAHN Diss. de fictionibus iuris Rom. *Tub.* 1787. p. 34. sq. u. a. m.

8) S. Lib. III. Institut. Tit. 28.

9) Es ist dieses besonders aus der *L.* 5. §. 3. *D. de Obligat. et action.* sehr deutlich wahrzunehmen, wo gesagt wird, wer eine Nichtschuld aus Irrthum bezahlt, thue solches nicht sowohl animo contrahendae, als vielmehr distrahendae obligationis.

10) Man vergleiche hier WOLTAER Observation. quae ad ius civ. et Brandenburg. pertinent. Fasc. I. Observat. 18. und Webers system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 24. S. 68. ff.

wird, so zwar wirklich nicht geschehen, aber doch möglich ist. Dieses ist der Begriff, den unser Verfasser selbst §. 140. von einer Fictione iuris giebt. Wo ist nun aber wohl im ganzen Corpus Juris ein Gesetz von einer solchen Fiction des Consenses, als man bey den Quasicontracten annimmt?

2) Wo die Gesetze auch hin und wieder Fictionen annehmen, z. B. bey Adoptionen, da müssen solche doch der Natur der Sache und andern Gesetzen nicht zuwider seyn. Dieses geschiehet aber in den Quasicontracten nach dem Begriff des Autors offenbar, weil auch Kinder, Unmündige, gerichtlich erklärte Verschwender, Wahnsinnige und andere Personen, die nach den Rechten gar keinen Consens ertheilen können, quasi ex contractu verbindlich gemacht werden können[11]). Ist es nun nicht ein evidenter Widerspruch, den Consens von solchen Personen zu fingiren, der doch nach den Gesetzen selbst ungültig ist? Endlich

3) giebt es Fälle, wo Jemand quasi ex contractu haften muß, der nicht allein nicht consentirt, sondern in der That ausdrücklich dissentirt hat. Z. B. wenn ich eines andern baufälliges Haus repariren lasse, der es mir ausdrücklich verboten hat. Ferner, wenn ich gegen das Verbot des Erben, daß man den Verstorbenen nicht solle beerdigen lassen, mich dennoch der Beerdigung desselben unterzogen habe, so befreyet ihn dennoch sein Verbot nicht, mir die Kosten zu erstatten[12]). Daß nun jemand zugleich in eine und eben dieselbige Sache gewilliget und nicht gewilliget haben solle,

11) *L.* 3. §. 5. *L.* 6. §. 1. *D. de Negot. gest.*

12) *L.* 14. §. 13. *D. de Religios.*

solle, ist ein Widerspruch und eine Unmöglichkeit, die sich doch wohl nicht fingiren läßt[13]).

Andere sind zwar dadurch der Wahrheit näher gekommen, daß sie die Quasicontracte aus der Reihe der Verträge ganz ausschließen; allein wenn sie darunter ohne Unterschied erlaubte Handlungen verstehen, durch welche jemand auch ohne sein Wissen und ohne seine Einwilligung eben so gut verpflichtet werde, als ob er einen Contract geschlossen hätte[14]), so haben sie nicht bedacht, daß die Gesetze nur eine sehr geringe Anzahl von Rechtsfällen bestimmt haben, bey welchen nach ausdrücklicher Verordnung derselben, auch ohne Convention, eben solche Verbindlichkeiten unter den Partheyen entstehen sollen, als ob ein Contract unter ihnen eingegangen wäre[15]). In dem Titel der Institutionen de obli-

13) Das Lächerliche eines solchen fingirten Consenses bey den Quasicontracten haben auch schon COCCEJUS in iur. civ. controv. h. t. Qu. XII. und EMMINGHAUS ad Eundem Not. o. pag. 228. deßgleichen *Lud. God.* MADIHN ad *Menckenii* doctrin. de actionibus forens. Not. 970. pag. 310. u. WALCH in Controv. I. C. Sect. III. cap. VI. §. I. gezeigt.

14) S. *Wolr.* BURCHARDI Diss. causam principem quasi contractuum non in consensu ficto vel praesumto, sed in solo facto licito esse ponendam. *Herbornae* 1750. *Io. Dav.* DIETERICI Diss. de genuina QUASI notione iuridica. *Goett.* 1740. §. 55. sqq. HEINECCIUS in Institut. iur. civ. nach Höpfner §. 934.

15) Schon *Ge. Sam.* MADIHN in Institut. iuris civ. (*Halae* 1764.) §. 421. bemerkt ganz richtig: *eiusmodi obligationem quasi ex contractu non adsumendam esse, nisi* IURIS DISPOSITIO *demonstrari possit, quae facto cuidam licito, a consensu autem diverso, efficaciam producendi obligationem ita indidit, ut inter eas personas talis obligatio inde proficisceretur, quasi de ea re*

obligationibus, quae quasi ex contractu nascuntur, werden folgende Fälle angeführt: 1) Die nützliche Verwaltung fremder Geschäfte ohne Auftrag des Eigenthümers; 2) die Führung einer Vormundschaft; 3) die Verwaltung einer gemeinschaftlichen Erbschaft, oder sonstiger Betrieb gemeinschaftlicher Angelegenheiten außer dem Societätscontract, ohne Auftrag der Mitinteressenten; 4) die Antretung der Erbschaft in Rücksicht auf die Vermächtnisse; und 5) der Empfang einer Nichtschuld [16]). Allein diese Geschäfte kommen nun zwar darin mit einander überein, daß sie 1) lauter erlaubte Handlungen sind, aus denen schon nach der natürlichen Billigkeit eine vollkommene Verbindlichkeit entspringt; 2) daß kein Theil dem andern ausdrücklich etwas versprochen; vielweniger 3) durch Worte oder Handlungen eine wechselseitige Einwilligung erkläret worden; ja es ist 4) die Errichtung eines wirklichen Vertrags unter den angenommenen Umständen zur Hervorbringung einer Verbindlichkeit nicht allein nicht erforderlich, sondern auch zum Theil nach vorausgesetzter Beschaffenheit der Handlung gar nicht möglich. Allein deswegen erschöpfen doch alle diese Eigenschaften noch nicht den eigentlichen wesentlichen Charakter der sogenannten Quasicontracte. Denn es muß doch seinen Grund haben, warum gerade diese Geschäfte, und keine anderen, unter

re contractus initus esset. Quo ex principio eorum doctrina facile repellitur, qui numerum earum obligationum, quae quasi ex contractu nascuntur, mirifice augent.

16) Ob ausser diesen Geschäften es noch andere gebe, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen, ist streitig. Verschiedene Rechtsgelehrte nehmen noch die Litiscontestation, ferner die receptio in navem, cauponam, stabulum an. Davon §. 486. 503. ein mehreres.

unter die Quellen der Obligationum quasi ex contractu gerechnet werden? **Langsdorf** glaubt [17], das Wesen dieser Quasicontracte bestehe darinn, daß etwas zum Nutzen und Vortheil eines andern ohne desselben Wissen oder vorher eingeholte Einwilligung sey geleistet worden. Sie hätten also eine Aehnlichkeit mit den Realcontracten, von denen sie blos darinn unterschieden wären, daß bey diesen ein wechselseitiger Consens vorhanden ist, bey jenen aber dieser Consens fehlt, und blos auf die zum Nutzen eines andern geschehene Realprästation gesehen wird, auf welcher allein ihre verbindliche Kraft beruhe. Allein daß diese Hypothese nicht auf alle diejenigen Geschäfte anwendbar sey, die in den Institutionen bey den obligationibus quasi ex contractu angeführt werden, hat schon Herr Prof. **Hugo** [18] richtig bemerkt. Denn wie läßt sich z. B. bey der Antretung der Erbschaft sagen, es sey eine Sache des Legatars zum Nutzen des Erben, welcher quasi ex contractu zur Ablieferung des Vermächtnisses verbunden ist, ohne dessen Einwilligung verwendet worden? Weit scharfsinniger ist daher die Idee, welche Herr Prof. **Weber** [19] aufgestellt hat. Er sagt, die Verbindlichkeit entspringe hier aus Verhältnissen, welche im Ganzen doch etwas analogisches mit dem haben, was eigentlich nur Gegenstand der Verträge ist, und wobey wenigstens sonst, nach besondern Grundsätzen des Civilrechts, ein wirklicher Contract erfordert wird. Sie sind also Quasicontracte, weil sich wenigstens bey diesen Geschäf-

17) Tr. de pactis et contract. Romanor. Cap. IX. §. 139. sqq.

18) Civilist. Magazin 1. Band S. 452.

19) system. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 24. ff.

schäften, bey denen eine solche Verbindlichkeit angenommen wird, eine auffallende Aehnlichkeit mit irgend einem Contracte findet. **Westenberg**[20]) führte zwar auch schon diesen Charakter der Quasicontracte an, wenn er sagt: Quaedam sunt negotia, propter aequitatem non tantum obligatoria, sed et *contractibus similia*, quae proinde *Quasicontractus* recte dici potuerunt. *Negotiorum* enim *gestio* et *tutelae administratio* similes sunt *mandato*, nec non quodammodo *hereditatis aditio*. *Rei communio* vero similis est *societati*; et *indebiti solutio mutuo*. Ut adeo mirum videri non debeat, istaec negotia prae aliis, *in quibus tanta similitudo cum contractibus non invenitur*, *Quasi Contractus* vocari. Allein er versahe es darin, daß er diese Bestimmung nicht mit in den Begriff aufnahm, den er von der Sache giebt. Denn ihm[21]) ist ein *Quasicontractus* nur factum non turpe, ex quo citra conventionem nascitur obligatio. Den Hrn. Prof. **Weber** gebührt also allerdings das Verdienst, den Begriff der Verbindlichkeiten quasi ex contractu nach der wahren Meinung der römischen Rechtsgelehrten richtiger bestimmt zu haben, wenn er sagt, es sind solche Verbindlichkeiten, die aus Handlungen und Verhältnissen entspringen, welche gewöhnlich und der Regel nach einen Contract erfordern, in gewissen von dem Gesetzgeber bestimmten Fällen aber ohne Contract, ohne alles Versprechen und Zusage, eben die Wirkung haben, als ob der Contract, mit dessen Gegenstande der Vorgang im Ganzen eine Aehnlichkeit hat, wirklich getroffen worden. Zwar ist die Sache in Ansehung der Erbschaftsantretung nicht außer

20) de caussis obligationum Differt. II. Cap. III. §. 13. 14 et 15.

21) a. a. O. §. 7.

ser Zweifel, und wirklich schwer zu bestimmen, an welchen Contract dieses Geschäft gränzen soll. Denn wenn man hier ein solches Verhältniß annimmt, welches den Erben gleichsam als Bevollmächtigten der Legatarien darstellt, so ist freylich die Erinnerung des Hrn. Prof. Hugo [22] nicht ganz ohne Grund, daß sich die Idee eines Bevollmächtigten, der auch ohne alle Rücksicht auf den Bevollmächtiger eine Handlung vornehmen dürfte, oder eines Bevollmächtigers, der das selbst nicht thun kann, was er einem andern aufträgt, nicht gern unterschieben lasse. Es verstehet sich indessen auch wohl von selbst, daß hier von keiner ganz vollkommenen Aehnlichkeit in der Sache selbst die Rede seyn könne, und daß es, um die Bestimmung quae ex contractu, und deren Veranlassung zu erklären, schon genüge, in der Erbschaftsantretung mit Rücksicht auf die Legatarien im Ganzen etwas anzutreffen, was nach römischen Rechtssätzen sonst nur Folge eines Contracts zu seyn pflegte, und besonders beym mandato vorkam [23]). Denn der Erbe, indem er die Erbschaft antritt, handelt doch gewiß nicht blos zu seinem Besten, sondern befördert in der That auch zugleich das Interesse der Legatarien, weil er ihnen ein wirksames Recht in Ansehung des Nachlasses verschaft, was sie ohne seine Mitwirkung nicht erlangt hätten. Soll nun einmal nach Vorschrift des Civilrechts das Verhältniß, welches durch die Antretung der Erbschaft zwischen dem Erben und den Legatarien begründet wird, als Wirkung eines sonst eigent-

22) a. a. O. S. 453.

23) Hiermit stimmt auch MADIHN in Princip. Iuris Rom. de Successionibus (*Francofurti cis Viadr.* 1792. 8.) § 216. überein, wenn er daselbst sagt: *Obligatio haec quasi ex mandato illique similis habetur.*

eigentlich erforderlich gewesenen Contracts angesehen werden, so ist doch unläugbar die Idee eines der Bevollmächtigung ähnlichen Verhältnisses weit natürlicher, als wenn wir mit **Edmund Merillius** [24]) einen Litteralcontract zum Grunde legen wollten [25]). Es läßt sich auch wohl ohne Widerspruch nach römischen Gesetzen [26]) denken, daß ein Bevollmächtigter zuweilen das selbst nicht thun könne, was er einem andern aufträgt,

24) Commentar. in IV. libros Institution. (edit. TROTZII *Traject. ad Rhen.* 1739. 4.) ad §. 4. I. de obligat. quae quasi ex contr. Iste vero quasi contractus, sagt er, accedit *ad litterarum obligationem:* heres enim ex testamento, *quasi ex chirographo*, legatariis obligatur. *L.* 41. *D. ad Leg. Aquiliam.*

25) Da die Gesetze hier nur den Abgang eines sonst eigentlich erforderlichen gewesenen Contracts ergänzten, so konnte vielleicht auch das die Vorstellung erzeugen, daß man die Legatarien gleichsam als solche behandelte, in deren Namen und zu deren Besten ein rechtsgültiger Contract selbst mit dem Testirer geschlossen worden. Hieraus, meint Hr. Prof. **Weber** a. a. O. S. 27. lasse sich auch gewissermassen die Benennung der actionis *ex testamento* erklären. Siehe auch *Ios. Fern. de* RETES Opusculor. Lib. IV. ad L. 41. §. 13. D. de legat. III. *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 208. n. 1.) und *Io. Christph. Eric.* SPRINGER Diss. inaug. super quaestione: an testamenta magis inter leges, quam inter contractus improprios sive quasi contractus sint referenda? *Erlangae* 1777. Allein dagegen ließe sich vielleicht noch einwenden, daß auf solche Art der Erbe nicht sowohl den Legatarien, als dem Verstorbenen selbst verbindlich geworden wäre. *Tralatitium enim est*, sagt *Ios.* FINESTRES in Praelectionib. Cervariens. ad Tit. Pandect. de acquirenda vel omitt. hereditate P. II. cap. XII §. 14. p. 465. *cum iis nos contrahere, quibus obligamur.*

26) *L. 25. Cod. de Procurat. Nov. LXXI. cap.* 1.

trägt, wie schon Hr. Prof. Weber[27]) selbst gegen den Einwurf des Hrn. Prof. Hugo gründlich erinnert hat. So roh übrigens der Grund ist, den Justinian in seinen Institutionen bey den meisten Quasicontracten anführt, nämlich weil hier die Verbindlichkeit aus keinem Contract herrühre, und doch auch noch weniger aus einem Vergehen hergeleitet werden könne[28]), so merkwürdig ist es doch, wenn gerade der Empfang einer Nichtschuld gleichsam als ein Darlehn angesehen wird[29]), welches die Weberische Theorie noch mehr bestärkt. Aus allen erhellet nun also soviel, daß bey den obligationibus quasi ex contractu die Vorschrift der Gesetze gleichsam an die Stelle des Contracts tritt. Der Grund ihrer Gültigkeit ist demnach das Gesetz[30]), welches hierbey Billigkeit und gemeines Beste zum Maasstab nimmt. Warum aber die römischen Gesetzgeber, um Verbindlichkeiten zu begründen, die doch schon das Naturrecht anerkennt, zu einem Quasicontract ihre Zuflucht genommen haben, ist bloß aus der besondern Den-

27) Von der natürl. Verbindlichkeit §. 9. Not. 4. S. 29. der neuesten Ausgabe.

28) So z. B. heißt es §. 5. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* Heres quoque legatorum nomine *non proprie ex contractu* obligatus intelligitur: neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest, et tamen, *quia ex maleficio non est obligatus*, QUASI EX CONTRACTU debere intelligitur.

29) §. 6. *I. eodem.* Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, *ac si mutuum ei daretur*, et ideo condictione tenetur.

30) Hufelands Lehrbuch der Geschichte und Encyklopädie aller in Teutschland gelt. positiven Rechte 1. Th. §. 505.

Denkuhgsart der Nation zu erklären. Die älteste Form sich verbindlich zu machen, war bey den Römern unstreitig der Contract. Da nun aus bloßen Verträgen keine klagbare Verbindlichkeit entstand, so reducirte man alle bürgerlich vollkommene Verbindlichkeit, insofern keine unerlaubte Handlung dabey vorlag, auf Contracte. Diese nur waren den Römern bekannt und geläufig, und machten daher gleichsam den Grundstoff aller bürgerlichen Rechte und Verbindlichkeiten aus. Nun hatte der römische Bürger einen überspannt hohen Begriff von seiner Freyheit. Unerträglich schien ihm der Gedanke zu seyn, daß ein Bürger über den andern sich Rechte und Forderungen anmaßen könnte, ohne daß der letztere sich freywillig dazu anheischig gemacht, oder ein Strafgesetz übertreten hätte. Und doch erforderte nicht selten das gemeine Beste, einen Bürger verbindlich zu machen, wenn auch gleich derselbe weder selbst etwas versprochen, noch sonst etwas Unerlaubtes begangen hätte. Denn in vielen Fällen war nicht einmahl ein Contract möglich. Man erklärte also diese Verbindlichkeiten, der Denkart des Volks gemäß, dadurch, daß man sie quasi ex contractu herleitete, sofern sich in den Verhältnissen der Partheyen Aehnlichkeiten mit wirklichen Contracten fanden [31]). Ich läugne es nicht, daß ich in dieser ganzen Darstellung der Lehre von den sogenannten Quasicontracten dem um die philosophische und elegante Bearbeitung des römischen Rechts so verdienten Herrn Professor Weber vorzüglich gefolgt bin, weil ich keinen andern kenne, welcher diese durch die irrigen Sätze der Ausleger so sehr veranstalte-

31) DIETERICH D. de genuina *quasi* notione iuridica. §. 60. Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 8.

tete Doctrin des römischen Rechts richtiger und gründlicher abgehandelt hätte. Ich kann aber auch diese Lehre nicht verlassen, ohne noch ein Wort über deren heutige Anwendung mit demselben hinzuzufügen. Daß die ganze Veranlassung, wodurch die römischen Rechtsgelehrten bewogen wurden, alle Rechte und Verbindlichkeiten, soviel möglich, auf Contracte und Verbrechen zu reduciren, bey uns wegfällt, bedarf keines Beweises. Es gehört demnach diese ganze Lehre von den obligationibus quasi ex contractu zu den Subtilitäten des römischen Rechts, welche keinen practischen Nutzen haben. Warum wollten wir nicht lieber die Entstehungsart der Verbindlichkeiten da, wo in der That keine Verträge und Verbrechen vorhanden sind, geradezu auf unmittelbare gesetzliche Vorschrift, oder auf einseitige Handlungen zurückführen, als uns mit der Larve der Quasicontracte täuschen lassen [32])? Die Beschaffenheit unserer heutigen Rechtsgeschäfte ist auch wirklich, wie Herr Prof. Weber [33]) ganz richtig bemerkt, zu sehr auf einen andern Fuß gestellet, als daß nicht die Anlage unseres Rechtssystems durchaus fehlerhaft seyn müßte, wenn wir die Summe aller Rechte und Verbindlichkeiten noch heutiges Tages mit den römischen Rechtsgelehrten auf Verbrechen und Contracte, welche letzteren wir ohnehin im eigentlichen römischen Verstande gar nicht einmahl mehr haben, zurückleiten wollten.

§. 310.

32) Man vergleiche hier noch *Ern. Henr.* MYLII Disp. de fictione quasi contractuum in jure germanico otiosa. *Lipsiae* 1741. und von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 352.

33) a. a. O. §. 29. S. 90. ff.

§. 310.

Eintheilung der Contracte in *contractus bonae fidei* und *stricti iuris*, und Verschiedenheit der daher entstehenden Klagen.

In Absicht auf die Wirkung theilten die Römer die Contracte weiter in contractus stricti iuris und bonae fidei ein. Erstere nannten sie diejenigen Contracte, deren ganze Rechtswirkung von der Formel und Feyerlichkeit der Worte abhieng, vermöge welcher sie waren geschlossen worden, so daß daher kein Theil dem andern zu etwas mehreren verbunden war, als was ausdrücklich versprochen worden. Von dieser Art waren die Formular- oder Verbal-Contracte, welche ihre bürgerliche Rechtsverbindlichkeit durch ausgesprochehe feyerliche Worte erhielten, wohin nach dem neuern Rechte hauptsächlich die Stipulation mit den darunter begriffenen Arten, nämlich der Correal-Obligation, der Fidejußion u. dgl. gehörte [34]. Von diesen galt also, was Celsus [35]) sagt: Quid quid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est. Das Gegentheil hier-

34) Dieß halte ich wenigstens *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iur. civ. §. 389. für die richtigere Meinung. Andere rechnen, ausser den wörtlichen und schriftlichen, auch noch die Realcontracte hierüber, z. B. Hr. Prof. Hufeland im Lehrb. der Geschichte und Encyclopädie der Rechte §. 503. Not. 1. Die meisten Rechtsgelehrten hingegen halten wenigstens das Darlehn für einen stricti iuris Contract. Allein diese Meinungen widerlegt §. 2. *I. de I. N. G. et C.* und §. 28. *I. de action.* Man vergleiche hier vorzüglich *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuatitiae (*Halae* 1728.) §. 8. sqq.

35) *L. 99. D. de Verbor. Obligat.*

hiervon sind die Contractus bonae fidei, bey denen nicht bloß auf die ausdrückliche Uebereinkunft der Contrahenten, sondern auch zugleich auf die den Umständen nach eintretende natürliche Billigkeit Rücksicht genommen wurde. Denn die *bona fides*, welche in diesen Contracten beabsichtiget wird, sagt Tryphonin [36]), bedeutet nichts anders als summam aequitatem; und Gajus [37]) sagt: In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri *ex bono et aequo* praestare oportet. Von dieser Art waren alle übrigen Contracte, außer den Formularcontracten, also nicht die Consensualcontracte allein. Der Unterschied zwischen den bonae fidei und stricti iuris Contracten war übrigens bey den Römern vom practischen Nutzen. Denn 1) ist bereits oben (§. 296. und §. 301.) bemerkt worden, daß contractus stricti iuris gültig waren, wenn sie gleich durch Betrug, oder widerrechtlichen Zwang veranlaßt worden [38]). Der verletzte Contrahent konnte sich deshalb nicht mit der Klage aus dem Contract helfen, sondern er mußte die prätorische Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen suchen [39]). Contractus bonae fidei hingegen waren schon an sich nichtig, wenn ein Betrug, oder ungerechte Furcht die Veranlassung dazu gegeben hatte [40]) ohne daß der Verletzte hier der prätorischen Rechtshülfe

36) *L.* 31. *D. depositi.*

37) *L.* 2. §. 3. *D. de Obligat. et Actionib.*

38) *L.* 36. *D. de Verbor. Obligat.* *L.* 5. *Cod. de inutil. stipulat.*

39) *L.* 7. §. 3. *D. de dolo malo.*

40) *L.* 3. §. *ult. D. pro socio.* *L.* 21. §. 3. *D. quod metus caus.* Man. sehe auch *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 19. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 40. sqq.)

Hülfe bedurfte, er konnte sich nämlich der Klage aus dem Contracte selbst bedienen[41]), weil schon die Natur des Contracts es mit sich brachte, daß die Contrahenten bey einem solchen Vertrage redlich und aufrichtig gegen einander handeln mußten, ohne daß sie nöthig hatten, wegen eines zu befürchtenden Betrugs sich besonders und mittelst einer ausdrücklich hierauf gerichteten Clausel vorzusehen[42]), wie alles dieses an den bemerkten Orten ausführlicher gezeigt worden ist. Es scheint zwar, als ob dieser Unterschied im neuern römischen Rechte sey aufgehoben worden. Denn die Kaiser **Diocletian** und **Maximian**[43]) rescribiren ganz allgemein: Bonam fidem in contractibus considerari, aequum est. Allein wenn gleich dieses Gesetz von den Auslegern auch auf stricti iuris Contracte gezogen wird; so ist doch die bona fides, die bey diesen Contracten in Betrachtung kommt, von derjenigen Billigkeit sehr verschieden, welche den bonae fidei Contracten eigen ist. Denn bey jenen nahm man nur auf die allgemeinen Regeln der Billigkeit Rücksicht, damit sich niemand beklagen durfte, er sey unter dem Schein des Rechts vervortheilt, und um sein Recht gebracht worden[44]). Deswegen hatte man auch vorzüglich in Ansehung der stricti iuris Contracte Rechtsmittel wider den Betrug und die ungerechte Furcht eingeführt, damit nicht etwa einer sich um des anderen Schaden durch seine un-

 gerechte

41) *L. 7. §. 3. in fin. D. de dolo mal.* L. 6. §. 8. *L. 12. §. 5. D. de action. emti vendit.*

42) Contractibus bonae fidei doli praestatio inest, sagt *L. 152. D. de Reg. iur.*

43) *L. 4. Cod. de obligat. et actionib.*

44) *L. 1. §. 1. D. de doli mali et met. except.*

gerechte Handlung bereichern möchte; und auch bey diesen Contracten verstattete man nicht, das nämliche zweymahl zu fordern, wenn es gleich stipulirt worden [45]). Allein soweit gieng doch diese bona fides nicht, daß man ohne prätorische Rechtshülfe sich mit einer ordentlichen Klage hätte helfen, oder daß man sonst etwas hätte fordern können, was nicht ausdrücklich stipuliret worden [46]). Wenn daher auch schon **Paulus** [47]) sagt: In omni contractu bonam fidem praestari debere; so hat hierbey der sel. Hofrath **Meister** [48]) die sehr richtige Bemerkung gemacht, daß hier die *bona fides* mehr dem dolo malo, als dem stricto iuri entgegen gesetzt werde. Es läßt sich also wohl auf keine Weise behaupten, daß der Unterschied zwischen den bonae fidei und stricti iuris Contracten bey den Römern je aufgehört habe, der ohne Zweifel noch zu **Justinians** Zeiten practisch war [49]).

2) In

45) *L.* 18. *D. de Verbor. Obligat. L.* 57. *D. de Reg. iur. L.* 51. *§. ult. D. de Re iudic. L.* 21. *D. de heredit. vel act. vend. L.* 4. *§.* 7. *D. de doli mali et met. except.*

46) So erklären dieses Gesetz auch *Ioan* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 21. (*Thesaur. Meermann* Tom. IV. pag. 47. sqq.) *Ian. a* COSTA in Comment. ad §. 28. I. de Actionib. pag. 547. (edit. *van de* WATER) und VINNIUS in Comment. ad Eund. §. 28. I. nr. 1.

47) *L.* 59. §. 1. *D. Mandati.*

48) in Diss. de fide eiusque iure in usucapione et praescriptione. Cap. I. §. 4. Not. b. *Opusculor. Syllog. I.* pag. 14.)

49) Man vergleiche §. 28. und 30. *I. de Actionib.* Selbst die Kr. **Diocletian** und **Maximian** sagen an einem andern Orte *L.* 5. *C. de rescind. vendit.* daß auf die bona fides in den davon benannten Contracten nur **vorzüglich** (maxime) Rück-

2) In den bonae fidei Contracten bewirkte der Verzug des Schuldners eine Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen [50]. Allein in den stricti iuris Contracten konnten solche, auch nicht einmahl von Zeit der Litiscontestation an, gefordert werden [51], wenn man sich nicht durch eine Stipulation ausdrücklich Zinsen ausbedungen hatte.

Q 5 3) In

Rücksicht genommen werde. S. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad §. 28. I. de Actionib. pag. 483.

50) *L.* 32. §. 2. *D. de Usur. L.* 5. *C. de pact. inter Emtor. et Venditor.*

51) Anderer Meinung sind zwar *Franc.* HOTOMANNUS in Commentar. in Institut. iur. civ. Lib. IV. Tit. VI. §. 24. pag. 459. *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris. civ. Lib. I. cap. IV. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 271.) *Ulr.* HUBER Praelect. iur. civ. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. I. §. 17. und *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. controv. P. II. Lib. XXII. Tit. I. Quaest. 3. Sie berufen sich auf die *L.* 35. *D. de Usur.* wo Paulus sagt: Lite contestata usurae currunt. Allein schon längst haben *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XI. Err. 1. *Hugo* DONELLUS in Tr. de Usuris. Cap. III. circa fin. *Reinh.* BACHOVIUS in Not. ad *Treutlerum* Vol. II. Disput. III. Th. III. Lit. C. pag. 128. *Ios.* NERIUS Analector. Lib. II. cap. 20. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. Col. 436.) *Arn.* VINNIUS in Comm. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4. *Ger.* NOODT de Foenore et Usuris Lib. III. cap. 12. und *Io. Henr.* BERGER in Resolution. Legum obstant. Lib. XXII. Tit. I. Quaest. 1. p. 492. diesen Irrthum widerlegt, und gezeigt, daß die angeführte *L.* 35. *D. de Usur.* in Verbindung mit der *L.* 18. *D. de Novation.* welche beyde aus des PAULI *lib.* 57. *ad Edictum* genommen sind, zu erklären, und so zu verstehen sey, daß der Zinsenlauf durch die Litiscontestation nicht so, wie durch eine freywillige Novation, aufhöre. Paulus sagt also

3) Zu den stricti iuris Contracten wurde ehemals die Schuld nicht durch Compensation getilgt, sondern man mußte dem Kläger die exceptionem doli entgegen setzen, dahingegen in den contractibus b. f. die Compensation ipso iure Statt hatte. Jedoch hat diesen Unterschied schon Justinian aufgehoben [52].

4) Von einem bonae fidei Contracte konnten die Partheyen mit beyderseitiger Bewilligung gänzlich wieder abgehen, so lange der Contract noch nicht vollzogen war. Der Contract wird hierdurch ipso iure aufgehoben, als ob er nie geschlossen worden [53]. Allein wenn man eine Formularobligation aufheben wollte, so mußte solches entweder durch Acceptilation geschehen, oder die Verbindlichkeit blieb nach dem strengen Recht bey Kräften, wenn man sie dem Schuldner nur durch simple Worte erlassen hatte, und der Schuldner mußte sich mit der exceptione pacti schützen [54]. Ich

also hier das nämliche, was auch schon die Kaiser Severus und Antonin, unter denen Paulus lebte, in der *L. 1. Cod. de Iudiciis* für Recht erkannt haben, wenn es daselbst heißt: Iudicio coepto, usurarum stipulatio non est peremta. Siehe auch VOET in Comm. ad Pandect. T. I. Lib. XXII. Tit. I. §. 10. POTHIER in Pandect. Iustinianeis Tom. I. Tit. de Usur. Sect. II. Nr. XLI. und in Schol. ad Nr. XLVIII. pag. 625. et 627. und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. Lib. XXII. Tit. I. §. 14.

52) §. 30. *I. de Actionib.*

53) *L. 2. et 3. D. de rescind. vendit. L. 7. §. 6. D. de Pact. Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap XIV. n. 13. sqq.

54) *L. 35. D. de Reg. iur.*

Ich übergehe andere Differenzen, die man bey Vinnius[55]) nachlesen kann.

Auf diesen Unterschied des Contracts gründet sich nun die Eintheilung der Klagen in actiones bonae fidei und stricti iuris, wie Böhmer[56]) ganz richtig behauptet. Keine andern Klagen waren nämlich stricti iuris, als die aus einem Formularcontract entstanden, alle andere waren bonae fidei[57]). Beyde Gattungen der Klagen waren darinn unterschieden. 1) Bey den actionibus stricti iuris konnte der Richter dem Kläger durchaus nichts anders zuerkennen, als was die Formel des Contracts ausdrücklich enthielt. Bey den actionibus bonae fidei hingegen hatte der Judex freyere Hände. Bey diesen konnte er nach der Billigkeit bestimmen, was der Beklagte dem Kläger zu leisten schuldig war, wenn es gleich nicht ausdrücklich versprochen worden[58]). Denn in den iudiciis bonae fidei galt, wie Paulus[59]) sagt, das officium iudicis soviel, als bey einer

55) Comm. ad §. 28. I. de Actionib. nr. 4.

56) Doct. de actionibus Sect. I. cap. III. §. 14. 19. et sqq. Man vergleiche jedoch auch *Io. Matth.* MAGNI Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. I. (*Thes. Meermann.* T. III. p. 266. sqq.) *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 19. et 21. (*Thes. Meermann.* Tom. IV.) und *Henr.* WAGNER Meditat. ad *Boehmeri* doctrin. de actionibus P. II. Cap. III. §. 14.

57) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1129. und *Lud. God.* MADIHN ad Menckenii doctr. de actionib. for. N. 11.

58) §. 30. *I. de Action.* In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, *ex bono et aequo* aestimandi, quantum actori restitui debeat.

59) *L. 7. D. de Negot. gest. L. 24. circa fin. D. depositi.*

einer Stipulation Frage und Antwort. Daher war auch 2) die Prozeßform bey beyden Arten der Klagen ganz verschieden[60]). Denn in den iudiciis stricte iuris mußte der Beklagte, wenn er eine peremtorische Einrede gegen die Klage hatte, solche schlechterdings beym Prätor (in iure) vorschützen, ehe noch die Partheyen an den Judex verwiesen waren, damit sie der Prätor der formulae iudicii, d. i. der Instruction, die er dem Judex gab, beyfügen konnte[61]). War dieses nicht geschehen, so fand der Beklagte beym Judex kein Gehör, wenn er sie da erst der Klage entgegen setzen wollte. Denn der Judex durfte die ihm gegebene Instruction nicht überschreiten[62]); lautete diese also dahin: *Si paret, reum dare, facere oportere ex stipulatu, eum condemna;* so mußte er den Beklagten verurtheilen, sobald der Kläger seine Intention bewiesen hatte[63]). Wollte der Beklagte nun diese Condemnation verhüten, so mußte er die ihm zustehende Einrede in Zeiten vorbringen, und bitten, daß sie der Prätor der formulae iudicii beyfügen möchte. Dieß geschah nun mit einer bedingungsweise abgefaßten Clausel:

60) Hiervon handeln sehr ausführlich *Ger.* NOODT Probabil. Lib. II. Cap. I. Ebenderselbe de iurisdictione Lib. I. cap. 13. circ. fin. und de forma emendandi doli mali cap. 5. et 8. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. XIV. n. 27. seqq. und D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 21.

61) CICERO *de Inventione Lib. II. Cap. 19. In iure* heißt es daselbst, *et exceptiones postulantur*, et quodammodo agendi potestas datur, et *omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur*.

62) SENECA *de Beneficiis* Lib. III. c. 7. sagt: Iudicem formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit.

63) §. 1. *et* 2. *I. de Except.* AVERANIUS a. a. O. n. 32.

sel: z. E. *Si non convenerit, ne eam pecuniam actor peteret.* oder *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*[64]); und nun kam alles bey dem iudice pedaneo auf den Beweiß dieser Einrede an, von welchem des Beklagten Lossprechung oder Verurtheilung abhing[65]). Bey den Iudiciis bonae fidei war es hingegen ganz anders. Hier war es nicht nöthig, den Prätor um eine Formel für die Einrede zu ersuchen. Nein, wenn der Exception auch in iure gar keine Erwähnung geschehen war, so konnte sie doch noch immer bey dem Iudex angebracht werden[66]). Die Einrede lag hier schon in der Natur eines iudicii bonae fidei[67]), worüber der Judex, da er durch die Clausel: *ex bona fide*, oder *quantum aequius melius id dari*[68]), überhaupt einen solchen Streit nach Recht und Billigkeit zu entscheiden angewiesen war, unstreitig schon

64) *L. 2. §. 1. D. de Doli mali et met. except.* Daher sagt Paulus *L. 22. D. de Except.* Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

65) *L. 9. Cod. de Exception.* Daß indessen die exceptio doli, wenn sie in iure vorgeschützet worden, das iudicium stricti iuris in ein iudicium bonae fidei verwandelt habe, wie CUJACIUS Lib. III. Observation. cap. 17. und Lib. VIII. cap. 16. behauptet, ist irrig, und schon längst von *Ant.* FABER Conjectur. Lib. XIV. cap. 18. und BACHOVIUS de Actionibus Disputat. VI. Thes. 22. widerlegt worden.

66) NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 13. prope fin. und Ebenderselbe de forma emendandi doli mali Cap. 8. AVERANIUS l. c. nr. 33.

67) Die Gesetze sagen: Exceptiones insunt bonae fidei iudiciis. *L. 3. D. de rescind. vendit. L. 21. in fin. D. Soluto matrim. L. 84. §. 5. D. de Legatis I.*

68) CICERO *Topic. cap. 17.* und *Or. pro Roscio Comoedo. cap. 4.*

schon von Amtswegen erkennen konnte [69]). Ferner 3) wenn es auf die Ersetzung des Werths einer Sache ankam, so wurde bey den actionibus bonae fidei auf das tempus rei iudicatae, bey denen hingegen, welche stricti iuris waren, auf die Zeit der Litiscontestation gesehen [70]). 4) In den bonae fidei iudiciis hatte das iuramentum in litem statt, allein wenn ex stipulatu geklagt wurde, so wurde dieser Eid nur dann zugelassen, wenn die versprochene Sache mora promissoris zu Grunde gegangen war, außerdem aber nicht [71]); andere Differenzen zu geschweigen.

Soviel den practischen Nutzen dieser Eintheilung in unsern Tagen anbetrift, so habe ich schon mehrmahlen bemerkt, daß bey uns keine Contractus stricti iuris mehr angetroffen werden, sondern alle Verträge, die in Teutschland errichtet werden, überhaupt und ohne Ausnahme vielmehr bonae fidei contractus sind [72]). Es fällt daher auch

69) BACHOVIUS de Actionibus Disp. VI. Thes. 21.

70) *L. 3. §. 2. D. Commodati, junct. L. 37. in fin. D. Mandati.* VOET Commentar. ad Pandect. T. II. Lib. XLIV. Tit. VII. §. 13.

71) *L. 5. et 6. D. de in litem jurando.* VOET in Com. ad Pandect. Lib. XII. Tit. III. §. 5.

72) BOEHMER doctr. de actionibus Sect. I. cap. III. §. 44. *Io. Tob.* CARRACH Diss. qua pacta non stricti iuris, sed bonae fidei esse evincitur. *Halae* 1765. §. 19. sqq. *Io. Christ.* RUDOLPH D. de effectu metus in pactis et contractibus. Sect. III. p. 40. Gmelins und Elsässers gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 2. Bd. §. 100. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 184. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 751. und §. 1132. u. a. m. Siehe Not. 37. zum §. 296. dieses Commentars.

auch der Unterschied zwischen den actionibus bonae fidei und stricti iuris weg. Denn unsere Richter sind nicht, wie der römische Iudex pedaneus, an die Contractsformel gebunden, sondern müssen bey der Beurtheilung derselben vorzüglich auch auf Billigkeit, Absicht der Paciscenten, und überhaupt auf die natürlichen Bestimmungen eines Vertrags ihr Augenmerk richten[73]. Da wir also in Teutschland jenes Formularwesen nicht mehr haben, worauf sich diese ganze Distinction gründete, so kann natürlicher Weise von den römischen Gesetzen, die von contractibus und actionibus stricti iuris handeln, heut zu Tage keine Anwendung gemacht werden[74].

§. 311.

Eintheilung der Verträge in *pacta nuda* und *non nuda*, und verschiedene Arten der letztern.

Von den Contracten unterscheidet nun das römische Rechtssystem die bloßen Verträge, oder eigentlichen pacta, welche, wie Ulpian[75] sagt, ausser der Ueber-

73) Mit Recht sagt daher CARRACH in Adnotation. ad *Boehmerum* de actionibus pag. 36. ad §. 46. *In omnibus actionibus servanda est in Germania a iudice* AEQUITAS IURIS NATURALIS PERFECTE OBLIGANTIS. *Minime vero aliquid* EXTRAORDINARIUM *adjudicandum, quod nimirum praesumi nequit, sed ex speciali conventione dependet, probandumque est.*

74) S. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauche des Röm. Rechts §. 4. S. 28.

75) *L. 7. §. 4. D. h. t.* cum nulla subest causa *praeter conventionem.* So lesen die meisten Codices, wie *van* WACHENDORF in

Uebereinkunft beyder Theile, keine causam civilem (§. 307.) haben. Diese theilte man wieder, wie bereits oben (§. 306.) bemerkt worden ist, in simple und klagbare Verträge ein, je nachdem sie entweder nur eine Exception, oder auch eine Klage wirkten. Letztere, die klagbaren Verträge, erhielten ihre verbindliche Kraft entweder durch einen Hauptcontract, dem sie sogleich bey dessen Eingehung angehängt worden, (pacta adiecta) oder durch ein Edict des Prätors (pacta praetoria), oder durch ein besonderes Civilgesetz (pacta legitima). Alle diese verschiedenen Arten der gerichtlich wirksamen Verträge machten bloß Ausnahmen von der Regel des römischen Rechts, nach welcher pacta nuda keine Klage hervorbringen, der die Römer, aller Modificationen des neuern Rechts ungeachtet, doch jederzeit treu geblieben sind, so wie unendlich viel Stellen unsers römischen Gesetzbuchs erweisen[76]). Ob die Anhäng-

in Diss. de pactis nudis Cap. I. § 2. (in *Dissertation. Triade* pag. 393.) bemerkt. Wollte man jedoch die Florentinische Leseart *propter conventionem* beybehalten, so müßten diese Worte wenigstens nach der Interpunction des Ludovicus Charondas zu den nachfolgenden: *hic constat, non posse constitui obligationem*, gezogen werden.

76) *Iac.* MAESTERTIUS de iustitia Legum Rom. Lib. I. cap. 33. will zwar jene Regel des Röm. Rechts lediglich auf solche Conventionen einschränken, welche blos aus Prahlerey oder wenigstens ohne Ueberlegung und nicht im Ernst eingegangen worden; er glaubt, ein ernstliches und überlegtes Versprechen habe nach Röm. Rechte jederzeit eine klagbare Verbindlichkeit bewirkt. Allein diese Meinung verdient keiner Widerlegung, wenn sie auch nicht schon so ausführlich vom *Io. Car. van* WACHENDORF in Diss. cit. Cap. II. §. 4. pag. 451. sqq. wäre widerlegt worden.

hänglichkeit an das alte Rechtssystem, nach welchem kein bloßes Versprechen ohne Stipulation verbindlich war, oder die Besorgniß, daß durch Einführung einer allgemeinen Verbindlichkeit oder Klagbarkeit aller Verträge ein Bürger gar leicht übereilt werden könnte, an Beybehaltung jenes Rechtssatzes mehr Antheil habe, getraue ich mir nicht zu entscheiden; soviel aber ist gewiß, daß Kr. Leo durch seine Constitution [77]), wodurch er bloß die solennen Formeln bey den Stipulationen abgeschaft hat, das alte Gebäude nicht niedergerissen habe [78]). Denn noch Justinian unterscheidet in seinen Novellen [79]) sehr genau zwischen Stipulationen und bloßen Verträgen, obwohl freylich schwer zu begreifen ist, warum der Kaiser gerade der Schenkung, einem der aller gefährlichsten Geschäfte, wodurch der Bürger am allerleichtesten um sein Vermögen kommen konnte, auch ohne alle Rücksicht auf Stipulation, die Wirkung beygelegt, daß man daraus klagen konnte [80]), hingegen in Absicht auf das Versprechen, daß man dem andern eine Sache leihen wolle, wenn man's nicht auf vorhergehende Frage mündlich zugesagt, es bey dem alten Recht gelassen habe [81]).
Es

77) *L.* 10. *Cod. de contrah. et committ. stipulat.*

78) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. Medit. 5. ist zwar anderer Meinung; allein *Iac.* VOORDA Elector. libro sing. Cap. 21. und Hr. Prof. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. not. k. haben diese Meinung gründlich widerlegt.

79) *Nov. CXXXVI. cap. 4. et Nov. CLXII. Cap. I. princ. et* §. *8.*

80) *L. 35. C. de Donation.*

81) Merkwürdig ist die Verordnung des Kaisers Justinian in *L. 14. C. de contrah. et commit. stipulat.* über den Beweis

einer Stipulation Frage und Antwort. Daher war auch 2) die Prozeßform bey beyden Arten der Klagen ganz verschieden [60]). Denn in den iudiciis stricte iuris mußte der Beklagte, wenn er eine peremtorische Einrede gegen die Klage hatte, solche schlechterdings beym Prätor (in iure) vorschützen, ehe noch die Partheyen an den Judex verwiesen waren, damit sie der Prätor der formulae iudicii, d. i. der Instruction, die er dem Judex gab, beyfügen konnte [61]). War dieses nicht geschehen, so fand der Beklagte beym Judex kein Gehör, wenn er sie da erst der Klage entgegen setzen wollte. Denn der Judex durfte die ihm gegebene Instruction nicht überschreiten [62]); lautete diese also dahin: *Si paret, reum dare, facere oportere ex stipulatu, eum condemna;* so mußte er den Beklagten verurtheilen, sobald der Kläger seine Intention bewiesen hatte [63]). Wollte der Beklagte nun diese Condemnation verhüten, so mußte er die ihm zustehende Einrede in Zeiten vorbringen, und bitten, daß sie der Prätor der formulae iudicii beyfügen möchte. Dieß geschah nun mit einer bedingungsweise abgefaßten Clausel:

60) Hiervon handeln sehr ausführlich *Ger.* NOODT Probabil. Lib. II. Cap. I. Ebenderselbe de iurisdictione Lib. I. cap. 13. circ. fin. und de forma emendandi doli mali cap. 5. et 8. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. XIV. n. 27. seqq. und D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 21.

61) CICERO *de Inventione Lib. II. Cap.* 19. *In iure* heißt es daselbst, *et exceptiones postulantur,* et quodammodo agendi potestas datur, et *omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur.*

62) SENECA *de Beneficiis* Lib. III. c. 7. sagt: Iudicem formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit.

63) §. 1. *et* 2. *I. de Except.* AVERANIUS a. a. O. n. 32.

sel: z. E. *Si non convenerit, ne eam pecuniam actor peteret.* oder *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*[64]); und nun kam alles bey dem iudice pedaneo auf den Beweiß dieser Einrede an, von welchem des Beklagten Lossprechung oder Verurtheilung abhing[65]). Bey den Iudiciis bonae fidei war es hingegen ganz anders. Hier war es nicht nöthig, den Prätor um eine Formel für die Einrede zu ersuchen. Nein, wenn der Exception auch in iure gar keine Erwähnung geschehen war, so konnte sie doch noch immer bey dem Iudex angebracht werden[66]). Die Einrede lag hier schon in der Natur eines iudicii bonae fidei[67]), worüber der Judex, da er durch die Clausel: *ex bona fide*, oder *quantum aequius melius id dari*[68]), überhaupt einen solchen Streit nach Recht und Billigkeit zu entscheiden angewiesen war, unstreitig schon

64) *L.* 2. §. 1. *D. de Doli mali et met. except.* Daher sagt Paulus *L.* 22. *D. de Except.* Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

65) *L.* 9. *Cod. de Exception.* Daß indessen die exceptio doli, wenn sie in iure vorgeschützet worden, das iudicium stricti iuris in ein iudicium bonae fidei verwandelt habe, wie CUJACIUS Lib. III. Observation. cap. 17. und Lib. VIII. cap. 16. behauptet, ist irrig, und schon längst von *Ant.* FABER Conjectur. Lib. XIV. cap. 18. und BACHOVIUS de Actionibus Disputat. VI. Thes. 22. widerlegt worden.

66) NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. 13. prope fin. und Ebenderselbe de forma emendandi doli mali Cap. 8. AVERANIUS l. c. nr. 33.

67) Die Gesetze sagen: Exceptiones insunt bonae fidei iudiciis. *L.* 3. *D. de rescind. vendit.* *L.* 21. *in fin. D. Soluto matrim.* *L.* 84. §. 5. *D. de Legatis I.*

68) CICERO *Topic. cap.* 17. und *Or. pro Roscio Comoedo. cap.* 4.

Hauptcontract noch nicht völlig abgeschlossen war, konnten die Nebenverträge als Theile desselben angesehen werden; so lange war es gleichsam ein Handel, und mithin ließ sich die Hauptklage auch mit auf das Nebenversprechen anwenden [85]). Ea enim pacta insunt contractui, sagt Ulpian [86]), quae legem contractui dant, id est, quae *in ingressu contractus* facta sunt. Wurde das pactum erst einige Zeit nach abgeschlossenem bonae fidei Contract eingegan-

C. 13. *Cod. h. t.* In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, *si in continenti fiat.* Nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit.

85) Es mußte also das pactum dem b. f. Contract angehängt seyn, noch ehe derselbe zur Richtigkeit gekommen, so daß es dem Contract eine gewisse Bestimmung gab, wie vorzüglich *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 13. Cod. h. t. nr. 3—8. WISSENBACH in Exercitat. ad Pandect. h t. §. 33. WACHENDORF cit. Triad. Diss. pag. 510. und auch Hr. Prof. Weber in der syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 82. S. 381. gezeigt haben. Es behaupten indessen viele Rechtsgelehrten, daß, wenn das pactum sogleich nach abgeschlossenem b. f. Contract eingegangen worden, ehe noch die Partheyen auseinander gegangen oder zu einem andern Geschäft geschritten waren, solches nach römischen Recht noch als ein Theil des Contracts anzusehen gewesen, und die Contractsklage darauf gerichtet werden können; welches besonders *Ios. Fernandez de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. IV. Cap. I. n. 4. sqq. pag. 158. ausführlich darzuthun gesucht hat, dem auch NOODT de pactis cap. XI. pag. 509. MERILLIUS Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 25. BYNCKERSHOEK cit. Diss. Cap. I. pag. 9. und COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 24. und Lib. XVIII. Tit. I. Qu. 30. beypflichten.

86) *L.* 7. §. 5. *D. h. t.*

gegangen, so kam es nach röm. Rechte darauf an, ob solches **wesentliche Stücke des Contracts** betraf, oder **ausserwesentliche Dinge**, adminicula, wie Papinian[87]) sagt, oder naturalia und accidentalia (§. 305.), wie die neuern Juristen reden. Im erstern Falle, wenn z. B. nach abgeschlossenen Kaufe noch eine besondere Verabredung über die Waare oder den Kaufschilling hinzugekommen, und dadurch in Ansehung des einen oder des andern eine Aenderung getroffen worden, so war der Vertrag dennoch verbindlich. Denn man kann ja, sagt Ulpian[88]) von dem Kaufe und andern bonae fidei Contracten gänzlich wieder abgehen, ehe der Contract erfüllet ist. Kann nun das ganze Geschäft aufgehoben werden, warum sollte man es nicht durch ein pactum ändern können? Ueber-

87) *L. 72. D. de contrah. Emt.*

88) *L. 7. §. 6. D. h. t.* Adeo autem bonae fidei iudiciis *exceptiones postea factae*, (d. i. die nachher getroffenen Verabredungen, *exceptio* heißt also hier soviel als pactio. S. RAEVARDUS Lib. II. Varior. cap. 13. NOODT de pactis c. XI. cap. 512. und *Io. Guil.* MARCKAT Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. I. cap. 8. §. 1.) quae *ex eodem sunt contractu*, (welche die Substanz des Contracts betreffen) insunt, ut constet, in emtione caeterisque bonae fidei iudiciis, *re nondum secuta*, posse abiri ab emtione. Si igitur *in totum* potest, cur non et *pars eius pactione mutari potest*? Et haec ita POMPONIUS *libro sexto ad Edictum scribit*. Quod cum est, etiam *ex parte agentis* pactio locum habet, *ut et ad actionem proficiat*, nondum re secuta, eadem ratione. (d. i. das pactum giebt in diesem Falle auch ein Recht, auf etwas zu klagen, was sonst nicht in dem Contract liegt, wenn es nämlich geschlossen wird, ehe noch der Contract erfüllt ist.) Nam si potest tota res tolli, cur non et *reformari*?

vernahm daher ein Contrahent in einem solchen Vertrage eine Verbindlichkeit, die in dem Contract selbst nicht lag, z. B. der Kaufschilling wurde nachher durch Uebereinkunft der Partheyen erhöhet, so konnte aus dem pacto geklagt werden. Der Contract war in diesem Falle, wie **Ulpian**[89]) sagt, gleichsam erneuert, und umgeformt, aber eigentlich, wie **Papinian**[90]) sich richtiger ausdrückt, anstatt des ersten ein neuer Contract geschlossen. Ward hingegen durch das pactum einem der Contrahenten etwas von seiner Verbindlichkeit nachgelassen, die ihm nach dem Wesen des Contracts oblag, z. E. das Gut war für 9000 fl. verkauft worden, man setzte aber nachher in einem pacto das Kaufgeld nur auf 8000 fl. so war der Contract durch ein solches pactum zum Theil aufgehoben[91]), und der Contra-

89) *L. 7. §. 6. cit. h. t.* ut quodammodo quasi *renovatus contractus videatur.* CUJACIUS lib. II. Observation. cap. 15.

90) *L. 72. pr. D. de Contrah. emt.* Si omnibus integris manentibus (d. i. ehe noch der Kauf vollzogen worden, also wenn die Sache noch nicht übergeben, und das Kaufgeld noch nicht bezahlt ist;) de augendo vel diminuendo praetio rursum convenit, recessum a priore contractu, et *nova emtio intercessisse videtur.*

91) *L. 7. §. 6. D. h. t.* Unde illud aeque non reprobo, quod POMPONIUS *libris lectionum* probat, posse in parte recedi pacto ab emtione: quasi *repetita partis emtione.* Statt dieser letztern Worte, welche auch der Florentinische Codex enthält, will zwar *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. V. cap. 25. gelesen haben: *quasi repetita parte emtionis.* Allein wenn man auch das Wort *repetita* durch revocata, oder rescissa erklärt, wie es in der *L. 2. D. de rescind. vendit.* und *L. 14. D. de Re iud.* vorkommt; so ist doch kein hinreichender Grund vorhanden, von der Florentinischen Leseart abzugehen;

trahent von der ihm nachgelassenen Verbindlichkeit ipso iure frey. Im letztern Falle endlich, wenn das pactum nur naturalia oder accidentalia contractus betraf, so wirkte es zwar keine Klage, in sofern sich der andere Contrahent noch zu etwas besondern verbindlich gemacht hatte (si pactum aliquid adjiceret contractui); es gab aber doch dem Beklagten eine Exception [92]). Wenn also z. B. nach völlig abgeschlossenen Kauf noch wäre ausgemacht worden, daß der ganze Handel nichtig seyn sollte, wenn das Kaufgeld nicht in dem bestimmten Termin bezahlt werden würde, so konnte der Verkäufer bey ausbleibender Zahlung nicht auf Rescission des Contracts klagen. Wäre hingegen festgesetzt worden, daß der Verkäufer keine Eviction leisten sollte, oder hätte der Käufer versprochen, daß er wegen heimlicher

gehen; indem *repetita partis emtione* nichts anders heißt, als: revocata, rescissa emtione partis eius, qua ab emtione receditur; wie KOEHLER in Interpretat. et Emendat. iuris Rom. Lib. I. Cap. V. §. 3. pag. 32. aus einer Stelle des griechischen Scholiasten Βασιλικῶν Tom. I. pag. 754. A. erwiesen hat.

92) *L. 7. §. 5. D. h. t.* Idem responsum scio a PAPINIANO: si post emtionem ex intervallo aliquid *extra naturam contractus* conveniat, (d. i. extra substantiam emtionis, wie Papinian sagt *L. 72. D. de contrah. Emt.* also wenn einige Zeit nach geschlossenem Handel noch etwas ausgemacht worden, das nicht zum Wesen des Contracts gehört) ob hanc caussam *agi ex emto non posse*; propter eandem regulam, *ne ex pacto actio nascatur.* Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed *ex parte rei locum habebit pactum*, (d. i. utile erit tribuendam reo exceptionem. S. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. h. t. Nr. XXXIV. Not. d. pag. 75. *quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

Mängel nicht aus dem Edict der Aedilen klagen wollte, und erster wurde dennoch auf die Gewährleistung belangt, oder letzterer stellte dennoch die actionem redhibitoriam oder quanti minoris an, so konnte sich der Beklagte mit der exceptione pacti schützen [93]). Eine solche Einrede konnte aber auch dem Contrahenten zuweilen in dem Falle zustehen, da er aus dem Nebenvertrage nicht klagen konnte, wenn er nämlich auf die Erfüllung des Contracts belangt wurde [94]). Z. B. der Verkäufer hatte nachher dem Käufer noch

93) Hierauf beziehet sich *L. 31. D. h. t.* wo **Ulpian** sagt: Pacisci contra Edictum Aedilium omnimodo licet: sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea.

94) *L. 72. pr. D. de contrah. emt.* Pacta conventa, quae postea facta *detrahunt aliquid emtioni*, contineri contractu videntur: *quae vero adiiciunt*, credimus non inesse. Quod locum habet in his, *quae adminicula sunt emtionis:* veluti ne cautio duplae praestetur; aut, ut cum fidejussore cautio duplae praestetur. *Sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis, agente venditore.* Es ist wohl ausser Zweifel, daß **Papinian** in diesen Worten von solchen Nebenverabredungen redet, die nicht die Substanz des Contracts, sondern nur Nebendinge, adminicula, betreffen. Es beweisen dieses nicht nur die von dem Rechtsgelehrten angeführten Beispiele, sondern auch die noch nachher folgenden Worte: An idem dici possit, aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est: quoniam emtionis substantia consistit ex pretio. Mit Recht verwirft daher *Ant.* FABER in Rational. ad L. 72. cit. die Erklärung des CUJACIUS, welcher Lib. XIV. Observat. cap. 28. ganz anderer Meinung ist. Zwar hat *Osius* AURELIUS de variant. Cujacii interpretat. Dispunct. XXV. (in *Thes. Ottonian.* Tom. III. pag. 758. sqq.) den **Cujaz** gegen *Em.* MERILLUS Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 25. zu verthei-

noch versprochen, cautionem duplae durch Bürgen zu leisten, das ist — den doppelten Werth zu ersetzen, wenn etwa die Sache dem Käufer evincirt werden würde; hier konnte zwar der Käufer nicht auf die Erfüllung des Versprechens klagen, weil dieses pactum, um mit Papinian zu reden, dem Contract etwas adjicirte, was nicht zur Substanz des Contracts gehörte; allein klagte der Ver-

 käufer

theidigen gesucht. Allein man sehe vorzüglich NOODT de pactis cap. XI. pag. 511. Papinian unterscheidet nun hier, ob das pactum, wodurch noch nach abgeschlossenem Kauf in Nebensachen des Contracts eine besondere Bestimmung gemacht worden, ein pactum adjiciens, d. i. ein solches pactum ist, wodurch dem einen Contrahenten noch eine neue Verbindlichkeit ist aufgelegt worden, oder ob es ein pactum detrahens ist, wodurch nämlich ihm eine Verbindlichkeit, die ihm sonst vermöge des Contracts würde obgelegen haben, ist abgenommen worden. In dem ersten Falle sagt Papinian: pactum non inest contractui, d. i. es kann nicht als ein Theil des Contracts angesehen, mithin die Klage, welche aus dem Hauptcontract entspringt, auf einen solchen Nebenvertrag nicht ausgedehnt werden. Im letztern Falle hingegen sagt Papinian, pactum contineri contractu, d. i. es gibt dem Beklagten eine Exception, welche nach der Regel: exceptiones bonae fidei iudiciis insunt, (*L.* 3. *D. de resc. vendit.*) auch noch bey dem Judex Pedaneus vorgeschützt werden konnte, wie NOODT de pactis cap. XI. pag. 512. ganz richtig bemerkt hat. Uebrigens ist dieses Gesetz besonders erläutert in *Bereng.* FERNANDI Comment. in L. 72. D. de contrah. emt. *Francof.* 1617. 8. und *Aegid.* HORTENSII Comm. in eand. L. *Francof.* 1602. Man vergleiche auch *Lud.* CHARONDAE Πειθανῶν seu Verisimil. Lib. III. cap. 11. (in *Thes. Ottonian.* Tom. I. pag. 786. sq.) und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract §. 660.

käufer wider ihn auf die Bezahlung des Kaufgeldes, so konnte jenes pactum dem Käufer wenigstens eine Einrede wider die Klage verschaffen[95]). Ein anderes war, wenn der Nebenvertrag, wodurch dem bereits abgeschlossenen Contract etwas hinzugethan wurde, im Grunde einen andern Hauptcontract ausmacht, dann konnte wenigstens die aus dem letztern entspringende Klage angestellt werden. Einen solchen Fall hat Hermogenian[96]). Wenn z. B. in dem Nebenvertrage wäre ausgemacht worden, daß der Verkäufer das verkaufte Grundstück im Pacht behalten solle, so kann zwar, wenn dieser Vertrag dem Kaufcontracte sogleich bei Schliessung desselben beygefügt worden, ex vendito geklagt werden, wenn der Käufer den Verkäufer hindern wollte, das Grundstück zu bestellen, und die Früchte einzuärnden; allein der Vertrag würde dennoch auch eben so verbindlich seyn, wenn er erst einige Zeit nachher geschlossen worden wäre, weil er als ein Pachtcontract für sich bestehen, und daraus actione conducti geklagt werden kann[97]).

Was ist nun aber Rechtens, wenn einem stricti iuris Contracte ein pactum angehängt wurde? Darüber sind die Ausleger des römischen Rechts noch nicht einig. Einige behaupten, daß in Absicht auf die angehängten Verträge kein Unterschied zwischen bonae fidei und stricti iuris Contracten

95) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 7.

96) L. 75. *D. de contrah. emt.* — Qui fundum vendidit, *ut cum certa mercede conductum habeat*, vel simile quid paciscatur, ad complendum id, quod pepigerunt, *ex vendito* agere poterit.

97) S. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani Epitomar: iuris Libr. VI. Commentar. ad L. cit. 75. D. de contrah. Emt. §. 3. pag. 451.

cten sey, sondern dieselben auch bey den letztern eine Klage gewirkt hätten, wenn sie nur der Stipulation sogleich und unmittelbar wären beygefügt worden [98]). Andere hingegen läugnen dieses schlechterdings, welches auch wohl der Rechtsanalogie gemäßer zu seyn scheint, weil die actio ex stipulatu, deren wesentliches Fundament hier in der feyerlichen Formel bestand, auf die simplen Nebenverträge gar nicht anwendbar war [99]). Nur darüber ist man noch im Zweifel, ob ein solches pactum, das einem stricti iuris Contract gleich Anfangs beygefügt worden, ipso jure gegen die Klage geschützt, oder nur eine Exception gewirkt habe. Das letztere behauptet vorzüglich Cornelius van Bynkershök [100]), dem hierin mehrere beygetreten sind 1); ich halte aber

98) *Lud.* CHARONDAS Πειϑανῶν f. Verisimil. L. II. Cap. 9. (*Thes. Ottonian.* Tom. I. pag. 752. sqq.) *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. III. Cap. 24. *Io. Matth.* MAGNUS Rationum et Differentiar. iuris civ. L. I. cap. 4. (*Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 270.) *Ger.* NOODT de pactis cap. XII. pag. 518. und besonders *Ios. Fernandez de* RETES Opusculor Lib. II. Sect. IV. Cap. 2. *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 159. sqq.)

99) Nihil enim ex stipulatione potest deberi, quod stipulatione non contineatur, seu quod stipulationis pars non sit, sagt *Hugo* DONELLUS in Commentar. ad L. 13. C. de Pactis nr. 12. p. 57. Man sehe auch *de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Quaest. 20. *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. Lib. I. cap. II. §. 1. und Webers Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 82. S. 381.

100) Lib. sing. ad L. Lecta 40. D. de rebus credit. Cap. 10. und in Diss. de pactis stricti iuris contractibus in continenti adiectis.

1) *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. V. Thes. Iur. Rom. pag. 10. *van* WACHENDORF cit. Diss. de pactis nudis Cap. II. §. 9. (in *Triad.*

aber das erstere für richtiger [2]). Alles kommt hier auf die Erklärung der famösen L. Lecta 40. D. de Reb. credit. an, welche ihrer Schwierigkeit wegen von den Rechtsgelehrten unter die leges Pandectarum damnatas gezählet wird [3]). Der Fall, den Paulus darin vorträgt, war bey dem Präfectus Prätorio Aemilius Papinianus [4]) vorgekommen, in

Triad. Dissertat. pag. 515. COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 21.

2) Eben so *Io.* D'AVEZAN Contractuum L. I. cap. 22. VOET in Commentar. ad Pandectas h. t. §. 7. HUBER Praelect. ad Pandect. h. t. §. 10. *Iac.* VOORDA Elector. libro sing. Cap. XIX. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. Imae Digestor. h. t. §. 9. u. a. m.

3) S. *Corn. van* ECK Comment. de septem damnatis legibus Pandectarum s. crucibus ICtorum rec. *Halae* 1766. Cap. II. *Io. Phil.* HAHN Disp. ad leges damnatas. *Moguntiae* 1748. Analys. II. Ausser diesen haben über das gedachte Gesetz geschrieben *Guil.* BARCLAJUS Commentar. ad Tit. Pand. de reb. creditis, (in *Thes. Ottonian.* T. III. pag. 893. sqq.) *Matth.* STEPHANI in Diss. ad verum L. Lecta D. de reb. credit. intellectum. *Gryphiswald.* 1636. *Hieron.* GROSLOTIUS Commentar. in L. Lecta (Tom. V. *Thes. Ottonian.* pag. 31. *Ger.* NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 4. und vorzüglich *Corn van* BYNKERSHOEK cit. libr. sing. ad L. Lecta 40. D. de R. Cred. *Lugd. Batavor.* 1699. 8.

4) *Lecta est*, heißt es gleich im Anfange der *L. 40. in auditorio* AEMILII PAPINIANI, *Praefecti Praetorio, Iurisconsulti cautio huiusmodi:* die Praefecti praetorio, ursprünglich blos Commandeurs der kaiserlichen Garde, erhielten bekanntermaßen unter Antonin, dem Philosophen, die Gewalt der erstern Staatsminister, und sprachen im Namen des Kaisers sowohl in bürgerlichen als peinlichen Fällen Recht. Ihr Tribunal wird audi-

in dessen Tribunal Paulus selbst Assessor war. Er war folgender. Lucius Titius hatte seinem Gläubiger dem Publius Mävius eine Handschrift ausgestellt, worinn erster bekannte, eine Summe von 15000 Denarien als ein Anlehn von dem letzteren erhalten zu haben, welche ihm aus des Gläubigers Chatoulle richtig ausgezahlet worden wäre [5]. Es war dabey Anfangs stipulirt worden, daß die dargeliehene Summe sogleich am ersten Tage des nächstfolgenden Monats

auditorium genennt, und die berühmtesten Rechtsgelehrten waren hier Beysitzer. *L.* 3. §. 3. *D. de Usur.* S. *Aug.* CAMPIANUS de officio et potestate magistratuum Rom. p. 128. sqq. Das Wort *Iurisconsulti* beziehet sich nicht sowohl auf Papinian, sondern, wie HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Lib. XII. §. 2. zeigt, auf cautio. Der Sinn also ist: es wäre in dem Gerichtssaal des Präfectus Prätorio, Aemilius Papinianus, eine gewisse von einem Rechtsgelehrten abgefaßte Schuldverschreibung (cautio) folgenden Inhalts verlesen oder vorgetragen worden.

5) Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio *quindecim mutua*, numerata mihi *de domo*. *Quindecim* soll hier wahrscheinlich soviel als quindecim millia denariorum bedeuten. Daß hier von Denarien die Rede ist, erhellet aus dem nachfolgenden pacto. Sonst hat *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris L. I. cap. 24. nr. 4. nicht unrecht, wenn er bemerkt, daß unter *decem*, *quindecim*, *centum* etc. so viel tausend Sestertien zu verstehen sind. *De domo* ist hier soviel als ex arca. *L. 26. D. de constit. pecun.* und wird der *numerationi de mensa* entgegengesetzt, wenn man das Geld bey einem Argentarius (Banquier) aufnahm, welches auch *mensae scriptura* genennt wurde. Von dieser numeratione de mensa sowohl als de domo handelt ausführlich *God. Lud.* MENCKEN in Diss. de vera indole litterarum obligationis et exceptionis non numeratae pecuniae. *Lips.* 1749. §. 2—7.

nats promt, und in eben so guten Münzsorten, als der Schuldner erhalten, wiederbezahlt [6]), bey ausbleibender Zahlung hingegen das Capital verzinset, und zwar, von dem Tage des eingetretenen Verzugs an, jeden Monat so lang, bis die Schuld bezahlt seyn würde, von jedem Hundert ein Denarius zur Strafe entrichtet werden sollte [7]). Allein gleich nach Errichtung der Stipulation besinnen sich die Partheyen eines andern, und werden mit einander eins, daß Titius die ihm geliehene Summe nicht auf einmal, sondern Monatsweise in einzelnen Posten wieder bezahlen, und zwar jeden

6) Haec quindecim proba *recte dare Calendis futuris* stipulatus est Publ. Maevius, spopondi ego Lucius Titius. Die Worte *recte dari* drücken die gewöhnliche Clausel bey Verträgen und Schuldverschreibungen aus, welche in der *L. 71. §. 1. D. de Verb. Signif.* erklärt wird. Heut zu Tage sagen wir treulich, sonder Gefährde. *Calendis futuris* d. i. proximis *L. 41. D. de Verb. Obligat.*

7) Si die supra scripta summa Publio Maevio cive, ad quem ea res pertinebit, (i. e. *heredi aut cessionario*) data, soluta satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, (i. e. *praeter et supra sortem*) quo post solvam, (i. e. *quoad usque sortem integram persolvero*) poenae nomine (i. e. *usuram morae L. 90. D. de V. O.*) in dies triginta, (i. e. *in singulos menses ; L. 101. D. de R. I.* Denn die Zinsen wurden alle Monate bezahlt. *L. 90. D. de V. O. L. 8. §. 4. D. de Transact. L. 26. D. Depos.* Daher die tristes Calendae bey HORAT. Sat. 3. v. 86. inque denarios centenos denarios singulos dari, stipulatus est P. Mavius. spopondi ego L. Titius. Diese letzteren Worte enthalten eine Beschreibung der usurae centesimae. Denn wenn von hundert Denarien alle Monate ein Denarius an Zinsen bezahlt wurde, so machte dieß im ganzen Jahre zwölf Procent.

jeden Monat 300 Denarien vom Capital abtragen sollte [8]. Titius hatte nun in den gesetzten Terminen mit der Bezahlung der Schuld nicht inne gehalten, es war also die Frage, wie viel derselbe an Zinsen des Verzugs zu bezahlen schuldig sey? Konnte der Gläubiger von dem erstern des Monats an, da vermöge der Stipulation die Wiederbezahlung des Capitals geschehen sollte, Zinsen der ganzen Summe, oder konnte er nur von einer jeden einzelnen Post, welche vermöge der letztern Verabredung alle Monate mit 300 Denarien hätte abgetragen werden sollen, die Zinsen zu zwölf Procent verlangen [9]? Die Gerichtsbesitzer waren bei Entscheidung dieser Frage verschiedener Meinung. **Paulus** trägt zuerst seine Meinung vor, welche dahin gehet [10]: der Schuldner müsse zwar von dem ersten des Monats an, da

8) Convenitque inter nos, uti *pro Maevio* ex summa supra scripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive eius. Die Haloandrinische Leseart *Publ. Maevio*, statt pro Maevio, scheint hier allerdings richtiger zu seyn.

9) Quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Man streitet darüber, wie viel Monate in dem gegenwärtigen Falle verstrichen gewesen. S. BYNKERSHOEK ad h. L. Cap. 9. Allein der Streit ist unnütz, genug, die dem Schuldner zur Zahlung gesetzten Termine waren verstrichen.

10) Dicebam, quia *pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*, perinde esse ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta esset, usuras adjecisset. Igitur finito primo mense primae pensionis usuras currere et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere; nec ante sortis non sulutae pecuniae pensionis crescere; nec ante sortis non solutae usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat.

da mit Bezahlung der Schuld der Anfang gemacht werden sollen, Zinsen bezahlen, allein nicht vom ganzen Capital, sondern nur von so viel einzelnen Posten, als Termine post Calendas primas verstrichen sind. Also nach Ablauf des ersten Monats die Zinsen von den ersten dreyhundert Denarien, welche Calendis primis hätten bezahlt werden sollen, und eben so nach Verlauf des zweyten und dritten Termins von den in diesen Terminen nicht gehörig bezahlten Posten. Es verstehe sich auch, daß die Zinsen von den ältern Posten fortlaufen, wenn die spätern zahlbar werden, dergestalt, daß wenn die zweyte Post gefällig wird, und die erstere noch nicht bezahlt ist, nun von dieser zweifache Zinsen, nämlich von dem ersten und zweyten Termin, gegeben werden müssen, und so schwellen die Zinsen der ältern Posten immer mehr an, je länger sie unbezahlt bleiben. Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende: 1) sey es eine Regel: pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur. Vermöge dieser Regel müsse man also annehmen, als wenn gleich Anfangs stipulirt worden, daß Titius die schuldige Summe Monatsweise und in einzelnen Terminen und Posten bezahlen solle, derselbe auch sich auf den Fall, da die Bezahlung in den bestimmten Terminen nicht gebührend erfolgen würde, zu den Zinsen des Verzugs in Ansehung derselben verbindlich gemacht hätte. Hierzu komme 2), daß wegen eines nicht bezahlten Capitals eher nicht Zinsen gefordert werden können, als bis das Capital selbst zahlbar ist. Wäre es nun bey der ersten Stipulation geblieben, und Titius hätte primis Calendis die Schuld nicht wieder bezahlt, so hätte freylich Mävius sogleich auf die Bezahlung des ganzen Capitals klagen, und von so viel Monaten, als über den Zahlungstermin verstrichen sind, Zinsen vom ganzen Capital

ver-

verlangen können. Allein nun sey ja dieser Stipulation in continenti das pactum beygefügt worden, vermöge dessen der Schuldner das Capital nicht ganz und auf einmal, sondern in einzelnen Terminen, und zwar jeden Monat nur dreyhundert Denarien bezahlen sollte. Konnte nun also der Gläubiger vermöge dieses pacti nicht gleich auf das ganze Capital klagen, sondern nur auf soviel einzelne pensiones, als verfallen waren, so kann er ja auch nicht die Interessen des ganzen Capitals fordern, so lange nicht das ganze Capital verfallen ist. Nam ubi sortis petitio non est, ubi nec usurarum petitioni locus est[11]). Diese Meinung des Paulus blieb jedoch nicht ausser Widerspruch. Man wendete ihm ein, 1) das pactum betreffe nur die Wiederbezahlung des Capitals, von Zinsen enthalte es nichts, es müsse also in Ansehung derselben bei erster Stipulation schlechthin verbleiben. 2) Wirke auch das pactum, welches einer Stipulation angehängt worden, nicht ipso iure, sondern gebe nur eine Exception, womit der Schuldner sich gegen die Klage schützen könne. Hieraus folge, daß Titius vermöge der Stipulation sogleich mit Ablauf des ersten Zahlungstermins Zinsen des ganzen Capitals schuldig geworden sey, gegen deren Lauf ihn keine Exception habe schützen können, weil diese nicht auf die vergangene Zeit zurückwirke, sondern dem Schuldner erst von der Zeit an nütze, da er sie in den Gerichten opponirt[12]). Diesen Einwürfen begegnet nun Pau-

11) *L. 69. §. 2. L. 77. D. de iure dot.*

12) Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant, ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent: pactumque id tantum ad exceptionem prodesse. Et ideo non soluta pecunia statu-

Paulus folgendergestalt: ad 1) Zinsen richten sich nach dem Capital. Da nun durch den angehängten Vertrag die Bezahlung des Capitals aufgeschoben und auf Tagezeiten gesetzt worden, so sey hierdurch auch die vorhergegangene Stipulation wegen der Zinsen dergestalt modificirt worden, das letztere nur nach Maasgabe des eintretenden Verzugs zu laufen hätten anfangen können. Konnte also ein Verzug in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals proximis Kalendis nicht sogleich eintreten, propter exceptionem pacti, so habe auch nicht gleich vom Ablauf des erstern Zahlungstermins an eine Verbindlichkeit, Zinsen vom ganzen Capital zu bezahlen, daseyn können. ad 2) Wirke ein solches pactum, wodurch die obligatio stipulationis, wie in dem gegenwärtigen Fall, vermindert wird, sofern es in continenti beygefügt worden, allerdings ipso iure; diese Meinung habe wenigstens vor dem Rigeur des Rechts jederzeit den Vorzug behauptet; weil es nicht vom Beklagten abhängt, wenn ehe er belangt seyn will, um die ihm zustehende Einrede vorschützen zu können [13]). Gesetzt aber, man wollte

statutis pensionibus, ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Unter den *quidam dicebant* sind unstreitig die übrigen Beysitzer des Papinianeischen Tribunals zu verstehen, die der Meinung des Paulus widersprachen. Es ist daher nicht nöthig, mit Haloander dicebat zu lesen, wie BYNKERSHOEK ad L. Lecta Cap. XII. zeigt. Ein vorzüglicher Gegner des Paulus scheint Ulpian gewesen zu seyn. Vielleicht war auch Papinian selbst anderer Meinung. S. ZEPERNICK Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatarum auctoritate, fori disputationis nobilissima specie §. XVII. apud SICCAM. de iudicio centumvirali pag. 371.

13) *L. 5. §. fin. D. de doli mali et met. except.*

ke auch zugeben, daß das der Stipulation angehängte pactum nur eine Exception wirke, so könne doch ohnmöglich eine Verbindlichkeit zur Zinszahlung *ipso iure* eintreten, ohne daß der Schuldner in mora ist. Nun sey aber Titius nicht gleich mit Ablauf des ersten Zahlungstermins in mora gewesen, das ganze Capital zu bezahlen, weil derjenige nicht in mora ist, der sich mit einer Exception schützen kann, wenn wider ihn auf die Bezahlung des ganzen Capitals geklagt werden wollte, das er auf einmahl zu bezahlen nicht schuldig ist [14]). Es hätte zwar, setzt Paulus, um allen Mißverstand zu verhüten, noch hinzu [15]), allerdings ausgemacht werden können, daß wenn der Schuldner in einem

14) Dieß ist der Sinn folgender Worte: Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si, ut *ille* putabat, *ad exceptionem tantum prodesset pactum*, (quamvis sententia diversa obtinuerit) tamen usurarum obligatio *ipso iure* non committetur: non enim *in mora* est is, *a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*. Paulus braucht hier Gründe, gegen die sein Gegner unmöglich etwas weiter einwenden konnte. Denn Ulpian selbst, welcher der *Ille* seyn soll, sagt, L. 21. *D. de Usuris:* Moram factam non videri, si exceptio aliqua allegetur. Nun enthielt ja die stipulatio usuraria die Bedingung, si mora fiat, welche aber post primas Calendas, in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals, nicht existirte. S. BYNKERSHOEK ad L. L. Cap. XIII. in fin.

15) Sed si quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, *cum conditio exstiterit*, sicut est in fructibus, idem et in usuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, *quo* competit usurarum nomine, *ex die interpositae stipulationis* praestetur. Statt quo competit ist wohl mit Haloander richtiger *quod competit* zu lesen.

Termin mit der Bezahlung ausbleiben würde, die Zinsen vom ganzen Capital der Stipulation gemäß bezahlt werden sollten; denn man kann sich ja bei einer Summe, die mir Jemand unter einer Bedingung zu bezahlen schuldig ist, versprechen lassen, daß wenn die Bezahlung nicht mit dem Tage, da die Bedingung existirt, erfolgen würde, der Schuldner sodann die Zinsen von Zeit der errichteten Stipulation an bezahlen solle [16]). Allein ein solcher Vertrag sey ja auch in dem gegenwärtigen Falle nicht geschlossen worden. Aus dieser Erklärung ergiebt sich nun, 1) daß in der L. 40. nach der Beschaffenheit des darin entschiedenen Rechtsfalles weder die Frage davon habe seyn können, ob ein pactum, das einem stricti iuris Contracte in continenti beygefügt worden, eine Klage wirke, noch weniger aber solches vom **Paulus** behauptet worden sey [17]), daß aber 2) ein solches pactum, wenn es, wie in dem Falle dieses Gesezes, liberatorium ist, mehr als eine bloße Exception wirke; indem vielmehr die Hauptverbindlichkeit dadurch dergestalt modificirt wird, daß die Wirkung desselben keine andere seyn kann, als welche durch das pactum adjectum ist festgesetzt worden, nicht anders, als wenn gleich Anfangs die Stipulation nur darauf gerichtet gewesen wäre [18]).

Hier-

16) Diesem ist die *L. 17. pr. D. de Usur.* nicht entgegen, wie BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib VI. cap. 19. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. XXX. (*Operum* Tom. 3. pag. 284. sqq.) und PÜTTMANN Interpretat. et Observation lib. sing. Cap. XXIV. §. 2 pag. 111. gezeigt haben.

17) S. *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν s. Legum conciliat. Centur. IX. Qu. 45.

18) Nihil enim interest, sagt PAULUS an einem andern Orte *L. 112. D. de Reg. iur.* ipso iure quis actionem non habeat,

an

Hiernächst wird 2) zur Rechtsbeständigkeit der Nebenverträge nach römischen Rechte weiter erfordert, daß selbige dem Wesen des Hauptgeschäfts, dem sie beigefügt worden sind, nicht zuwider seyn dürfen[19]). Denn solche Nebenverträge begründeten keine Klage, deren Inhalt mit der Natur des Hauptcontracts, so wie solche in den bürgerlichen Gesetzen bestimmt war, nicht überein kam, weil sie an sich keinen eigenen Rechtsbestand hatten. Dahin gehört z. B. das Versprechen der Zinnsen beym Darlehn[20]); ferner der Vertrag, daß ein socius allen Gewinn allein haben, der andere aber allen Verlust allein tragen solle[21]); ingleichen daß eine Societät oder Gemeinschaft nur mit Einwilligung aller Interessenten aufgehoben werden solle[22]); nicht minder die Verabredung, daß ein sogenanntes precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wieder gefordert werden dürfte[23]); u. d. m.

an per exceptionem infirmetur. Man sehe auch EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 20. Not. w. pag. 238.

19) S. NOODT de pactis Cap. XI. pag. 513. und Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 81. u. 82.

20) Ein solches Versprechen der Zinsen beym Darlehn war der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti, nach Röm. Rechtsbegriffen zuwider, es mußte also durch Stipulation eine nova obligatio begründet werden. *L.* 1. 3. 4. *et* 7. *Cod. de Usuris. I. H.* BOEHMER D. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticae (*Exercitat. ad Pandect.* T. IV.) §. 10. sqq.

21) *L.* 29. §. 2. *D. pro socio.*

22) *L.* 14. *L.* 70. *D. eodem.*

23) *L.* 12. *D. de precario.*] Cum precario aliquid datur, si convenit, *ut in Calendas Iulias precario possideat*, nunquid exceptio-

Termin mit der Bezahlung ausbleiben würde, die Zinsen vom ganzen Capital der Stipulation gemäß bezahlt werden sollten; denn man kann sich ja bei einer Summe, die mir Jemand unter einer Bedingung zu bezahlen schuldig ist, versprechen lassen, daß wenn die Bezahlung nicht mit dem Tage, da die Bedingung existirt, erfolgen würde, der Schuldner sodann die Zinsen von Zeit der errichteten Stipulation an bezahlen solle [16]). Allein ein solcher Vertrag sey ja auch in dem gegenwärtigen Falle nicht geschlossen worden. Aus dieser Erklärung ergiebt sich nun, 1) daß in der L. 40. nach der Beschaffenheit des darin entschiedenen Rechtsfalles weder die Frage davon habe seyn können, ob ein pactum, das einem stricti iuris Contracte in continenti beygefügt worden, eine Klage wirke, noch weniger aber solches vom Paulus behauptet worden sey [17]), daß aber 2) ein solches pactum, wenn es, wie in dem Falle dieses Gesetzes, liberatorium ist, mehr als eine bloße Exception wirke; indem vielmehr die Hauptverbindlichkeit dadurch dergestalt modificirt wird, daß die Wirkung desselben keine andere seyn kann, als welche durch das pactum adjectum ist festgesetzt worden, nicht anders, als wenn gleich Anfangs die Stipulation nur darauf gerichtet gewesen wäre [18]).

Hier-

16) Diesem ist die *L. 17. pr. D. de Usur.* nicht entgegen, wie BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib VI. cap. 19. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. XXX. (*Operum* Tom. 3. pag. 284. sqq.) und PÜTTMANN Interpretat. et Observation lib. sing. Cap. XXIV. §. 2 pag. 111. gezeigt haben.

17) S. *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν s. Legum conciliat. Centur. IX. Qu. 45.

18) Nihil enim interest, sagt PAULUS an einem andern Orte *L. 112. D. de Reg. iur.* ipso iure quis actionem non habeat,

an

Hiernächst wird 2) zur Rechtsbeständigkeit der Nebenverträge nach römischen Rechte weiter erfordert, daß selbige dem Wesen des Hauptgeschäfts, dem sie beigefügt worden sind, nicht zuwider seyn dürfen [19]). Denn solche Nebenverträge begründeten keine Klage, deren Inhalt mit der Natur des Hauptcontracts, so wie solche in den bürgerlichen Gesetzen bestimmt war, nicht überein kam, weil sie an sich keinen eigenen Rechtsbestand hatten. Dahin gehört z. B. das Versprechen der Zinnsen beym Darlehn [20]); ferner der Vertrag, daß ein socius allen Gewinn allein haben, der andere aber allen Verlust allein tragen solle [21]); ingleichen daß eine Societät oder Gemeinschaft nur mit Einwilligung aller Interessenten aufgehoben werden solle [22]); nicht minder die Verabredung, daß ein sogenanntes precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wieder gefordert werden dürfte [23]); u. d. m.

S 3 Zu

an per exceptionem infirmetur. Man sehe auch EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 20. Not. w. pag. 238.

19) S. NOODT de pactis Cap. XI. pag. 513. und Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 81. u. 82.

20) Ein solches Versprechen der Zinsen beym Darlehn war der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti, nach Röm. Rechtsbegriffen zuwider, es mußte also durch Stipulation eine nova obligatio begründet werden. *L.* 1. 3. 4. *et* 7. *Cod. de Usuris. I. H.* BOEHMER D. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticae (*Exercitat. ad Pandect.* T. IV.) §. 10. sqq.

21) *L.* 29. §. 2. *D. pro socio.*

22) *L.* 14. *L.* 70. *D. eodem.*

23) *L.* 12. *D. de precario.*] Cum precario aliquid datur, si convenit, *ut in Calendas Iulias precario possideat,* nunquid exceptio.

Paulus folgendergestalt: ad 1) Zinsen richten sich nach dem Capital. Da nun durch den angehängten Vertrag die Bezahlung des Capitals aufgeschoben und auf Tagezeiten gesetzt worden, so sey hierdurch auch die vorhergegangene Stipulation wegen der Zinsen dergestalt modificirt worden, das letztere nur nach Maasgabe des eintretenden Verzugs zu laufen hätten anfangen können. Konnte also ein Verzug in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals proximis Kalendis nicht sogleich eintreten, propter exceptionem pacti, so habe auch nicht gleich vom Ablauf des erstern Zahlungstermins an eine Verbindlichkeit, Zinsen vom ganzen Capital zu bezahlen, daseyn können. ad 2) Wirke ein solches pactum, wodurch die obligatio stipulationis, wie in dem gegenwärtigen Fall, vermindert wird, sofern es in continenti beygefügt worden, allerdings ipso iure; diese Meinung habe wenigstens vor dem Rigeur des Rechts jederzeit den Vorzug behauptet; weil es nicht vom Beklagten abhängt, wenn ehe er belangt seyn will, um die ihm zustehende Einrede vorschützen zu können [13]. Gesetzt aber, man wollte

statutis pensionibus, ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Unter den *quidam dicebant* sind unstreitig die übrigen Beysitzer des Papinianeischen Tribunals zu verstehen, die der Meinung des Paulus widersprachen. Es ist daher nicht nöthig, mit Haloander dicebat zu lesen, wie BYNKERSHOEK ad L. Lecta Cap. XII. zeigt. Ein vorzüglicher Gegner des Paulus scheint Ulpian gewesen zu seyn. Vielleicht war auch Papinian selbst anderer Meinung. S. ZEPERNICK Diatr. de rerum perpetuo similiter a Centumviris iudicatarum auctoritate, fori disputationis nobilissima specie §. XVII. apud SICCAM. de iudicio centumvirali pag. 371.

13) *L. 5. §. fin. D. de doli mali et met. except.*

ke auch zugeben, daß das der Stipulation angehängte pactum nur eine Exception wirke, so könne doch ohnmöglich eine Verbindlichkeit zur Zinßzahlung *ipso iure* eintreten, ohne daß der Schuldner in mora ist. Nun sey aber Titius nicht gleich mit Ablauf des ersten Zahlungstermins in mora gewesen, das ganze Capital zu bezahlen, weil derjenige nicht in mora ist, der sich mit einer Exception schützen kann, wenn wider ihn auf die Bezahlung des ganzen Capitals geklagt werden wollte, das er auf einmahl zu bezahlen nicht schuldig ist [14]). Es hätte zwar, setzt Paulus, um allen Mißverstand zu verhüten, noch hinzu [15]), allerdings ausgemacht werden können, daß wenn der Schuldner in einem Ter-

14) Dieß ist der Sinn folgender Worte: Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si, ut *ille* putabat, *ad exceptionem tantum prodesset pactum*, (quamvis sententia diversa obtinuerit) tamen usurarum obligatio *ipso iure* non committetur: non enim *in mora* est is, *a quo pecunia propter exceptionem peti non potest*. Paulus braucht hier Gründe, gegen die sein Gegner unmöglich etwas weiter einwenden konnte. Denn Ulpian selbst, welcher der *Ille* seyn soll, sagt, L. 21. *D. de Usuris:* Moram factam non videri, si exceptio aliqua allegetur. Nun enthielt ja die stipulatio usuraria die Bedingung, si mora fiat, welche aber post primas Calendas, in Absicht auf die Bezahlung des ganzen Capitals, nicht existirte. S. BYNKERSHOEK ad L. L. Cap. XIII. in fin.

15) Sed si quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulamur, *cum conditio exstiterit*, sicut est in fructibus, idem et in usuris potest exprimi: ut ad diem non soluta pecunia, *quo* competit usurarum nomine, *ex die interpositae stipulationis* praestetur. Statt quo competit ist wohl mit Haloander richtiger *quod competit* zu lesen.

Termin mit der Bezahlung ausbleiben würde, die Zinsen vom ganzen Capital der Stipulation gemäß bezahlt werden sollten; denn man kann sich ja bei einer Summe, die mir Jemand unter einer Bedingung zu bezahlen schuldig ist, versprechen lassen, daß wenn die Bezahlung nicht mit dem Tage, da die Bedingung existirt, erfolgen würde, der Schuldner sodann die Zinsen von Zeit der errichteten Stipulation an bezahlen solle [16]). Allein ein solcher Vertrag sey ja auch in dem gegenwärtigen Falle nicht geschlossen worden. Aus dieser Erklärung ergiebt sich nun, 1) daß in der L. 40. nach der Beschaffenheit des darin entschiedenen Rechtsfalles weder die Frage davon habe seyn können, ob ein pactum, das einem stricti iuris Contracte in continenti beygefügt worden, eine Klage wirke, noch weniger aber solches vom **Paulus** behauptet worden sey [17]), daß aber 2) ein solches pactum, wenn es, wie in dem Falle dieses Gesetzes, liberatorium ist, mehr als eine bloße Exception wirke; indem vielmehr die Hauptverbindlichkeit dadurch dergestalt modificirt wird, daß die Wirkung desselben keine andere seyn kann, als welche durch das pactum adjectum ist festgesetzt worden, nicht anders, als wenn gleich Anfangs die Stipulation nur darauf gerichtet gewesen wäre [18]).

Hier-

16) Diesem ist die *L. 17. pr. D. de Usur.* nicht entgegen, wie BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib VI. cap. 19. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Divo Marco Diss. XXX. (*Operum* Tom. 3. pag. 284. sqq.) und PÜTTMANN Interpretat. et Observation lib. sing. Cap. XXIV. §. 2 pag. 111. gezeigt haben.

17) S. *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν s. Legum conciliat. Centur. IX. Qu. 45.

18) Nihil enim interest, sagt PAULUS an einem andern Orte L. 112. *D. de Reg. iur.* ipso iure quis actionem non habeat,

an

Hiernächst wird 2) zur Rechtsbeständigkeit der Nebenverträge nach römischen Rechte weiter erfordert, daß selbige dem Wesen des Hauptgeschäfts, dem sie beigefügt worden sind, nicht zuwider seyn dürfen[19]). Denn solche Nebenverträge begründeten keine Klage, deren Inhalt mit der Natur des Hauptcontracts, so wie solche in den bürgerlichen Gesetzen bestimmt war, nicht überein kam, weil sie an sich keinen eigenen Rechtsbestand hatten. Dahin gehört z. B. das Versprechen der Zinnsen beym Darlehn[20]); ferner der Vertrag, daß ein socius allen Gewinn allein haben, der andere aber allen Verlust allein tragen solle[21]); ingleichen daß eine Societät oder Gemeinschaft nur mit Einwilligung aller Interessenten aufgehoben werden solle[22]); nicht minder die Verabredung, daß ein sogenanntes precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht wieder gefordert werden dürfte[23]); u. d. m.

an per exceptionem infirmetur. Man sehe auch EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 20. Not. w. pag. 238.

19) S. NOODT de pactis Cap. XI. pag. 513. und Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 81. u. 82.

20) Ein solches Versprechen der Zinsen beym Darlehn war der Natur des letztern, als eines contractus gratuiti, nach Röm. Rechtsbegriffen zuwider, es mußte also durch Stipulation eine nova obligatio begründet werden. *L.* 1. 3. 4. *et* 7. *Cod. de Usuris. I. H.* BOEHMER D. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticae (*Exercitat. ad Pandect.* T. IV.) §. 10. sqq.

21) *L.* 29. §. 2. *D. pro socio.*

22) *L.* 14. *L.* 70. *D. eodem.*

23) *L.* 12. *D. de precario.*] Cum precario aliquid datur, si convenit, *ut in Calendas Iulias precario possideat*, nunquid exceptio-

Zu den klagbaren Verträgen gehören II. pacta legitima, welche durch besondere Civilgesetze namentlich bestätiget worden sind [24]). Beispiele sind das Versprechen eines Brautschatzes, oder das Versprechen, daß man einem andern etwas schenken wolle; ferner wenn mir eine Stadt Geld dargeliehen, und ich ihr Zinsen davon versprochen hatte [25]); oder wenn ich einem Getreide vorgestreckt, und mir davon Zinsen versprechen lassen [26]). Endlich

III. die pacta praetoria, aus welchen der Prätor eine Klage gab. Dahin gehörte z. B. das pactum hypothecae, das constitutum, das pactum de iureiurando, wovon zu seiner Zeit gehandelt werden wird.

§. 312.

ceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

24) Paulus sagt in der *L. 6. D. de pactis*, LEGITIMA CONVENTIO est, quae lege aliqua confirmatur. Es ist also wohl ausser Zweifel, daß es zu Paulus Zeiten schon pacta legitima gegeben habe, die eine Klage producirten, wie gegen *Ant.* FABER in Rational. in Pand. VINNIUS de pactis cap. IV. n. 2. et 3. erwiesen hat. In einer andern Bedeutung wird der Ausdruck legitima conventio von Ulpian in der *L. 5. D. h. t.* genommen, daher diese Stelle mit der angef. L. 6. sehr unschicklich von den Compilatoren der Pandecten verbunden worden ist. Uebrigens will NOODT de pactis cap. XIII. pag. 520. unter der LEGE in der *L. 6. D. h. t.* auch Edictum Praetoris verstehen, und beruft sich auf *L. 1. §. 2. D. Unde cognati.*

25) *L. 30. D. de Usuris.*

26) *L. 12. Cod. eod.*

§. 312.

Wirkungen der bloßen Verträge nach römischen und teutschen Rechten.

Wenn nun gleich pacta nuda nach dem römischen Rechte keine Klage wirkten, so begründeten sie doch eine natürliche Verbindlichkeit, welche nicht ohne alle gerichtliche Wirkung war. Denn da schon die natürliche Billigkeit erfordert, daß man seine Verträge halte, so gab der Prätor eine Einrede, wenn man dem Vertrag zuwider von dem andern etwas forderten [27]). Es konnte auch die aus einem bloßen Vertrage entstehende natürliche Verbindlichkeit durch ein Constitutum, oder durch Bürgen, oder Pfand bestärkt werden [28]). Es hatte ferner wegen derselben eine Novation, Compensation und das Zurückhaltungsrecht statt [29]); und was man vermöge eines solchen Vertrags einmahl bezahlt, oder gegeben hatte, konnte nicht als ein indebitum zurückgefordert werden [30]).

Heutiges Tages ist man nun zwar darüber ziemlich einverstanden, daß in unsern Gerichten die rechtliche Wirkung der Verträge von jenem römischen Unterschiede zwischen blossen Verträgen und Contracten nicht abhängig sey [31]), und

27) *L. 1. pr. L. 7. §. 7. L. 27. §. 6. L. 41. D. h. t.*

28) *L. 1. §. 7. D. de constit. pecun. L. 6. §. 2. L. 7. D. de fideiuss. L. 5. D. de pignor. et hypoth. L. 4. C. de usur.*

29) *L. 1. §. 1. D. de novat. L. 6. D. de compensat.*

30) *L. 19. pr. D. de condict. indeb. L. 3. Cod. de Usur. Ant.* SCHULTING in Prot. h. t. §. 3.

31) Man vergleiche vorzüglich *Enn. Rud.* BRENNEYSEN Diss. de inutilibus pactorum iuris Rom. divisionibus in foris Germaniae. *Halae*

es sind mir nur wenig Rechtsgelehrten bekannt, welche in der allgemeinen Reception des römischen Rechts einen Grund für dessen Anwendbarkeit auch in dieser Materie zu finden glaubten [32]), deren Meinung jedoch von andern [33]) schon hinlänglich widerlegt worden ist. Nach teutschen Rechten ist daher jeder Vertrag verbindlich, welcher von Personen, die sich in Ansehung ihrer Güter und Handlungen verbindlich machen können, über einen erlaubten Gegenstand, worüber von Privatpersonen Verträge geschlossen werden dürfen, frey von Zwang und List ist eingegangen wor-

Halae rec. 1724. *Guil. Hieron.* BRÜCKNER Diss. de vi pactorum nudorum hodierna eiusque vero fundamento. *Ienae* 1721. *Laur. Andr.* HAMBERGER Diss. de nonusu stipulationum usuque pactorum in foris Germaniae. *Ienae* 1714. *Gebh. Christ.* BASTINELLER D. de actione ex quocunque pacto moribus data. *Vitemb.* 1718. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. Meditat. 4. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 1. sqq. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit III. Th. 1. Hptst. 5. Kap. S. 349. f. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 184. Webers Entwickel. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit §. 83. folg. EMMINGHAUS in Not. ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. X. Not. m. pag. 226.

32) Z. B. *Henr.* BODINUS in vindiciis pactorum iuris Rom. ad demonstrandum, nec hodie ex nudo pacto actionem competere. *Halae* 1696. *Frid. Ulr.* PESTEL in Diss. qua adseritur aequitas doctrinae Romanorum de pactis nudis. *Rintelii* 1748. *Pet.* MÜLLER in Notis ad STRUVII Syntagm. iur. civ. Exerc. VI. §. 17. not. *β.* und *de* SELCHOW in Element. iuris german. privati hod. [§. 580.] §. 460.

33) Griesinger von der Verbindlichkeit der Verträge 1 B. 5. Kap. §. 13. S. 62. ff. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. c. l. Weber a. a. O.

worden, und unter dieser Voraussetzung giebt es heut zu Tage kein Versprechen mehr, welches im römischen Sinn ein pactum nudum wäre; so wie es denn auch besonders in Absicht auf die Nebenverträge gleichviel ist, ob sie gleich Anfangs mit dem Hauptgeschäft verbunden, oder in der Folge erst geschlossen worden sind. Allein darüber streitet man noch, aus welcher Quelle eigentlich die heutige Verbindlichkeit der bloßen Verträge herzuleiten sey? Ob nun gleich **Leysers** Meinung, welcher die heutige allgemeine Klagbarkeit der Verträge aus dem neuern römischen Rechte herzuleiten suchte [34]), in unsern Tagen wohl nicht leicht mehr einen Vertheidiger finden dürfte, nachdem schon andere [35]) sehr einleuchtend gezeigt haben, daß Kr. **Leo** in der Constitution [36]), woraus **Leyser** seine Meinung beweisen wollte, nur die feyerlichen Formeln bey den Stipulationen, aber keinesweges den Unterschied zwischen Stipulationen und pactis nudis selbst, aufgehoben habe; so hat doch die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten von jeher mehr Anhänger gefunden, welche in dem canonischen Rechte den Grund von der heutigen Gültigkeit der bloßen Verträge zu finden geglaubt haben [37]). Allein so gern ich auch denen beystimme, welche behaupten, daß nach dem canonischen Rechte ein bloßer Vertrag eine Klage begründe [38]), indem dieses

34) Meditat. ad Pandect. Specim. XXXIX. medit 5.

35) Man vergleiche ausser VOORDA und EMMINGHAUS, welche schon Not. 78. S. 257. angeführt worden, *Io. Lud.* SCHMID lib. sing. de fideiussore plane non obligato Sect. I. §. 14. et 15. **Höpfner** im Commentar über die Institutionen §. 811. und MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. I. Fasc. 2. Obs. 152.

36) *L. 10. Cod. de contrah. stipulat.* §. 1. *I. de Verbor. Obligat.*

37) Dieser Meinung sind CARPZOV P. II Constit. XIX. Definit. 17. nr. 7. STRUV Decis. Sabbath. I. cap. 2. RITTERSHUSIUS Different. iur. civ. et canon. Lib. III cap. I. *Matth.* STEIN. Dissonant. iuris civil. et canon. circa pacta Cap. I. §. 1. COCCEJUS Iur. civ. Controv, h. t. Qu. X. in fin. u. a. m.

38) S. STRYK Us. mod. Pandectar. h. t. §. 2. und besonders *I. H.* BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. I. Tit. XXXV. §. 6.

dieses Recht überall auf die genaueste Beobachtung der Verträge dringt, und doch nirgendswo der Stipulation gedenkt, wodurch man nach dem römischen Rechte einem bloßen Vertrage die Klagbarkeit zu verschaffen suchte; so wenig kann ich mich doch davon überzeugen, daß die Verträge bei den Teutschen erst mit der Einführung des canonischen Rechts verbindliche Kraft erhalten haben sollten. Bey den Teutschen behauptete vielmehr von jeher jeder Vertrag seine eigenthümliche verbindende Kraft, und es kannten dieselben vor der Aufnahme des römischen Rechts den Unterschied zwischen Contracten und bloßen Verträgen noch gar nicht [40]. Nicht nur die Zeugnisse der klassischen Schriftsteller [41]) sprechen von ihrer Treue und Beharrlichkeit, welche sie in ihren Verträgen und Zusagen beobachteten, sondern ihre Gesetzbücher selbst überzeugen uns davon [42]). Daher das Motto des

39) *Cap*. 1. *et* 3. *X. de Pactis*. Merkwürdig ist es, daß nach dem Cap. 1. cit. der Bischoff **Antigonus** vor der afrikanischen Synode als Kläger auftrat, und verlangte, daß **Optantius**, mit dem er wegen seiner Diöcesanrechte paciscirt hatte, angehalten werde, dem Vertrage nachzuleben. Merkwürdig ist es ferner, daß die Synode diesen Streit blos aus dem Gesichtspuncte, **daß Verträge gehalten werden müßten**, entschied. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur. Anderer Meinung sind zwar *Ian. a* COSTA in Summar. et Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. I. Tit. XXXV. pag. 224 sq. *Casp.* ZIEGLER in Praelect. publ. in Decretales pag. 3. sqq. GONZALEZ TELLEZ in Comm. ad cap. 1. X. de pactis, und *Io.Car. van* WACHENDORF D. de pactis nudis Cap.III. (*Triad. Dissertation.* pag. 553. sqq.) Allein die Gründe derselben sind schon vor andern hinlänglich widerlegt worden. S. **Griesinger** in der Abhandlung von der Verbindlichkeit der Verträge 1. Buch 4. Kap. §. 10. S. 42. ff.

40) **Griesinger** in der angef. Abhandlung 1. Buch 5. Kap. §. 11. u. 12.

41) TACITUS *Annal*. lib. XIII. c. 54. und de mor. Germ. cap. 24. GEBAUER Prog. de alea et fide vet. Germanor. *Goett*. 1741.

42) S. LL. *Wisigoth*. Lib. II. Tit. V. §. 1. sqq. *Baiuvar*. Tit. XV. c. 13. *Longob*. lib. III. Tit. 38. *Capit. Reg. Francor*. Lib. VI. §. 149. S. auch J. H. **Böhmers** Anmerkung von der alten teut-

des biedern Teutschen: ein Wort ein Wort; ein Mann ein Mann[43]). Ob nun gleich die Teutschen mit Einführung des römischen Rechts den Unterschied zwischen Verträgen und Contracten kennen lernten, so fanden sie dennoch das feine Gewebe der römischen Rechtstheorie mit der teutschen Redlichkeit und Simplicität nicht vereinbarlich; man blieb also dem altteutschen Grundsatze treu, daß jede Convention schon an sich verbindlich sey, und eine Klage wirke, unbekümmert, ob man sie einen Contract oder Vertrag nennen wolle. Noch die Rechtsversammlungen des mittlern Zeitalters[44]) lehren uns: was einer gelobet, das soll er stet halten, und die spätern teutschen Gesetzgeber bestätigen die Klagbarkeit der bloßen Verträge namentlich in ihren Provinzialrechten[45]). Es ist daher wohl keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß die heutige allgemeine Verbindlichkeit der blosen Verträge eine Reliquie ächter teutscher Sitten sey, und daher aus der Quelle des canonischen Rechts nicht hergeleitet werden könne[46]), wenn gleich dasselbe zur Erhaltung des teutschen Gewohnheitsrechts allerdings mit beygetragen haben kann[47]). Ob nun also gleich in Teutschland von der römischen Eintheilung der Verträge kein Gebrauch zu machen ist, indem vielmehr ein jedes mit Ueberlegung geschehenes Versprechen die vollkommene Verbindlichkeit, es zu erfüllen, nach sich ziehet, wenn

teutschen Treue und Redlichkeit, in Schotts jurist. Wochenblatte Th. 4. S. 348. ff.

43) Eisenharts Grundsätze der teutschen Rechte in Sprüchwörtern IV. Abth. Nr. V. S. 338. ff. der neuesten Ausgabe.

44) Sachsenspiegel 1. B. 7. Art. Schwabenspiegel Kap. 265. §. 1.

45) Mehrere statutarische Rechte führt Griesinger in der mehr gedachten Abhandlung §. 18. an.

46) S. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. VIII. §. 5. WERNHER Sel. Obſervat. for. T. I. P. II. Obſ. 380. MEVIUS P. V. Deciſ. 407. MÜLLER ad LEYSERUM T. I. Faſc. II. Obſ. 152.

47) Griesinger a. a. O. §. 12.

wenn gleich das römische Recht daraus keine Klage gestatten sollte, so ist doch bey Beurtheilung der heutigen Anwendbarkeit des römischen Rechts in jedem Fall sorgfältig zu prüfen, ob die gerichtliche Unwirksamkeit eines Vertrags nach römischen Rechten bloß Folge der römischen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen ist, oder ob sie außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche auch bey uns nicht wegfallen; indem, wenn das letztere ist, solchen Verordnungen des allgemein recipirten römischen Rechts die heutige Anwendung nicht versagt werden kann. Wenn daher z. B. die Verabredung, daß sich der Ehemann des beneficii competentiae gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen das Heyrathsgut zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle, nach römischen Gesetzen [48]), ohne rechtliche Wirkung ist; so ist der Grund, weil diese Entsagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nicht aufhebt, vielmehr die Schonung in der strengen Rechtsverfolgung offenbar verletzt, worauf der Ehemann überhaupt wegen der ihm gebührenden Achtung mit Recht Anspruch machen kann, so allgemein und fortdauernd, daß an der heutigen Anwendung gedachter Verordnung sich eben so wenig zweifeln läßt, als wenn die römischen Gesetze das gegenseitige Versprechen, beständig in der Societät oder Gemeinschaft zu bleiben, für unverbindlich darum erklären, weil es billig ist, Zwistigkeiten, soviel möglich, zu verhüten, wozu die Gemeinschaft unaufhörlichen Anlaß giebt [49]). Dahingegen wohl niemand mit Grunde läugnen wird, daß heutiges Tages die versprochenen Zinsen beym Darlehn vermittelst einer Klage gefordert werden können [50]).

48) *L. 14. §. 1. D. Sol. matr.*

49) *L. 70. D. pro socio. L. 5. Cod commun. divid.*

50) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 83 — 85.

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar
für meine Zuhörer

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Vierten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1797.



Fortsetzung
des 14. Titels im zweyten Buche.
de Pactis.

§. 313.

Verträge sind entweder einseitige oder zweyseitige. In wiefern findet in Ansehung der letztern eine Reue statt?

Verträge, wenn man auf die daraus entstehende Verbindlichkeit siehet, können von zweyerley Art seyn. Entweder es macht sich nur ein Theil zu etwas verbindlich, oder der andere hat sich in Rücksicht des Versprochenen ebenfalls zu einer gegenseitigen Leistung verpflichtet. Im erstern Falle ist der Vertrag ein einseitiger (*pactum unilaterale*), in dem andern aber ein zweyseitiger Vertrag (*bilaterale, reciprocum*). Ersteres ist z. B. bey einer simpeln Schenkung der Fall, letzteres bey einem Vergleiche. So wenig sich gegen diese Eintheilung an sich mit Grunde etwas einwenden läßt, indem solche von allen Lehrern des Naturrechts als richtig angenommen wird [1]), wenn gleich die Benennung, einseitiger Vertrag, einigen der Sache nicht recht angemessen zu seyn geschienen [2]); so streitig

1) S. Hufelands Lehrsätze des Naturrechts 1. Th. §. 250. Schmalz reines Naturrecht §. 112. Woltärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit. Einleitung § 31.

2) von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 343.

tig ist es jedoch, ob auch die Contracte selbst nach dem römischen Rechtssystem auf diese Art eingetheilt werden können, indem einige [3]) diese Eintheilung ganz verwerfen, und zu behaupten suchen, daß nach dem römischen Rechte alle Contracte bilateral seyen; andere hingegen die Eintheilung der Contracte in einseitige und zweyseitige an sich zwar als richtig annehmen, allein in Ansehung der Begriffe, die sie davon geben, so wie in Rücksicht der Classification, welche Contracte zu den Einseitigen, und welche zu den zweyseitigen zu rechnen sind, wieder sehr von einander abweichen [4]). Soviel ist zwar richtig, daß die Benennungen *contractus unilateralis, contractus bilateralis* bey den römischen Rechtsgelehrten nicht vorkommen; allein daraus läßt sich doch noch nicht beweisen, daß diese Eintheilung dem System des römischen Rechts entgegen sey, so wenig als sich aus den Worten Ulpians [5]): contractum esse ultro citroque obligationem, folgern läßt, daß alle Contracte nach dem römischen Rechte zweyseitig sind, indem schon von andern hinlänglich gezeigt worden ist, daß Ulpian in dem *libro XI. ad Edictum*, woraus jene Worte genommen sind, nicht die Absicht gehabt habe, von den Contracten ex professo zu handeln, sondern nur die Ausdrücke *contrahere* und *contractum*

3) S. FREHER Parerg. Lib. I. cap. 16. (in *Thes. Ottonian.* T. I. pag. 882.) und *Gottfr.* BARTH Diss. de negatione contractuum unilateralium (in *Dissertat. iurid.* p. 623. sqq.)

4) Man vergleiche zum Beispiel Claproths Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte §. 22. mit Höpfners Commentar über die Institutionen §. 750.

5) *L. 19. D. de Verbor. Significat.*

tractum in Beziehung auf das Edict des Prätors von der Wiedereinsetzung des Minderjährigen in den vorigen Stand zu erklären [6]). Sodann ist auch bey der Bestimmung der Begriffe von unilateral und bilateral Contracten nach dem Röm. Recht nicht sowohl darauf zu sehen, ob ein einseitiger oder ein zweyseitiger Vertrag dabey zum Grunde liegt, indem z. B. alle ungenannte Contracte nach den Grundsätzen des Römischen Rechts unilateral sind, ob sie gleich ein pactum bilaterale nudum zum Grunde haben [7]); sondern es kommt vielmehr darauf an, ob Contracte von der Art sind, daß nur auf der einen Seiten eine klagbare Verbindlichkeit entstehet, oder ob zwey verschiedene Klagen daraus entspringen. Endlich ist auch zum Begriff eines bilateral Contracts nicht gerade erforderlich, daß gleich zu Anfang des Contracts jeder der Contrahenten zu einer Hauptleistung wesentlich verbunden werde, denn es kann auch nur ein Theil hauptsächlich und von Anfang verpflichtet seyn, etwas zu leisten, der andere aber erst nachher, zuweilen, und zufälliger Weise, und zwar nur zur Schadensersetzung verbindlich werden [8]). Daher die Bilateral-Contracte in gleiche (*aequales*) und ungleiche

T 2 (*in-*

6) S. *Iac.* CUJACIUS und *Io.* GOEDDAEUS in Commentar. ad L. 19. D. de Verbor. significat. *M. Aur.* GALVANUS de Usufructu Cap. XVII. nr. IX. pag. 190. sqq. (edit. *Tübing.* *Io. Ortw.* WESTENBERG de caussis obligationum Dissertat. II. Cap. II. §. 12. und EMMINGHAUS in Not. ad COCCEJI ius. civ. controv. h. t. Qu. IX. not. h. pag. 223.

7) Vergl. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. I. §. 13. Not. 3. KÜNHOLD Disp. de usu exceptionis non adimpleti contractus hodierno. *Lipsiae* 1726. §. 6.

8) BERGER a. a. O. Woltär a. a. O.

wenn gleich das römische Recht daraus keine Klage gestatten sollte, so ist doch bey Beurtheilung der heutigen Anwendbarkeit des römischen Rechts in jedem Fall sorgfältig zu prüfen, ob die gerichtliche Unwirksamkeit eines Vertrags nach römischen Rechten bloß Folge der römischen Rechtstheorie von Contracten und Verträgen ist, oder ob sie außerdem noch auf andern Gründen beruhet, welche auch bey uns nicht wegfallen; indem, wenn das letztere ist, solchen Verordnungen des allgemein recipirten römischen Rechts die heutige Anwendung nicht versagt werden kann. Wenn daher z. B. die Verabredung, daß sich der Ehemann des beneficii competentiae gegen die Ehefrau und deren Erben, wenn von ihnen das Heyrathsgut zurückgefordert würde, nicht bedienen wolle, nach römischen Gesetzen [48]), ohne rechtliche Wirkung ist; so ist der Grund, weil diese Entsagung die Forderungen der Billigkeit vermöge des persönlichen Verhältnisses der Partheyen nicht aufhebt, vielmehr die Schonung in der strengen Rechtsverfolgung offenbar verletzt, worauf der Ehemann überhaupt wegen der ihm gebührenden Achtung mit Recht Anspruch machen kann, so allgemein und fortdauernd, daß an der heutigen Anwendung gedachter Verordnung sich eben so wenig zweifeln läßt, als wenn die römischen Gesetze das gegenseitige Versprechen, beständig in der Societät oder Gemeinschaft zu bleiben, für unverbindlich darum erklären, weil es billig ist, Zwistigkeiten, soviel möglich, zu verhüten, wozu die Gemeinschaft unaufhörlichen Anlaß giebt [49]). Dahingegen wohl niemand mit Grunde läugnen wird, daß heutiges Tages die versprochenen Zinsen beym Darlehn vermittelst einer Klage gefordert werden können [50]).

48) *L. 14. §. 1. D. Sol. matr.*

49) *L. 70. D. pro socio. L. 5. Cod commun. divid.*

50) Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 83—85.

und die ungenannten Contracte zu zählen [9]). In Ansehung der letzteren sind zwar mehrere Rechtsgelehrte [10]) anderer Meinung, welche die ungenannten Contracte zu den Bilateralcontracten rechnen wollen, allein, wie ich glaube, ohne hinlänglichen Grund. Denn da in einem ungenannten Contracte einer dem andern etwas giebt oder thut, damit ihm dieser wieder etwas dagegen leiste, so kann nach der Natur eines solchen Contracts nur auf einer Seite, nämlich auf Seiten desjenigen Theils eine Verbindlichkeit entstehen, welcher die Erfüllung des Contracts angenommen hat [11]). Auf Seiten desjenigen hingegen, welcher sein Versprechen erfüllet hat, ist keine Verbindlichkeit aus dem Contracte denkbar. Denn gesetzt, dieser hätte eine fremde Sache gegeben, so ist der ganze Contract ungültig [12]), also entsteht auch keine Verbindlichkeit auf Seiten des Annehmenden, sondern dieser kann, wenn er sein Gegenversprechen ebenfalls schon erfüllet haben sollte, das Gegebene zurückfordern, oder auf das Interesse klagen [13]). Ich bemerke hier noch folgendes.

 1) Aus

9) S. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 750. Ganz unrichtig rechnet Claproth a. a. O. alle Realcontracte zu den einseitigen.

10) Z. B. D'AVEZAN Contractuum Lib. I. Cap. 13. §. 1. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 30.) und Claproth in der angef. Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge §. 22. S. 57.

11) *L.* 1. §. 2. *D. L.* 3. *Cod. de permutat.*

12) *L.* 1. §. *3. D. eod.* wo gesagt wird: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.

13) *L.* 1. *C. de rer. permutat. L. ult. D. de condict. caus. dat. L.* 5. §. *1. et 2. D. de praescr. verb.* S. D'AVEZAN Contractuum

(*inaequales*) von den Auslegern des römischen Rechts nicht unrichtig eingetheilt werden. So werden z. B. bey Schliessung eines Kaufs beyde Theile gleich Anfangs zu einer gegenseitigen Prästation wesentlich verbunden, der Käufer zur Bezahlung des Kaufschillings, und der Verkäufer zur Uebergabe der Waare. Der Kauf ist also ein contractus bilateralis *aequalis*. Wenn ich hingegen einem andern meine Sache leihe, so ist zwar dieser gleich vom Anfang verbunden, mir dieselbe nach geendigtem Gebrauche zu restituiren; ich hingegen bin nur zufälliger Weise zum Ersatz des Schadens verbunden, wenn der commodatarius etwa bey dem Contracte Schaden gelitten haben sollte. Der Leihcontract ist also ein contractus bilateralis *inaequalis*. Dieß vorausgeschickt, so wäre also der Begriff von **Bilateralcontracten** im Allgemeinen so zu bestimmen, daß man sagt, es seyen diejenigen Contracte, aus welchen entweder sogleich Anfangs auf beyden Seiten eine Verbindlichkeit nothwendig entstehet, oder zwar Anfangs nur auf einer Seite eine Hauptverbindlichkeit übernommen wird, die aber gleichwohl die zufällige Entstehung einer spätern Nebenverbindlichkeit auf der andern Seite nicht ausschließt. Zu diesen Contracten gehören daher nicht allein die Consensualcontracte, sondern auch von den Realcontracten das commodatum, depositum und pignus, wie die daraus entstehenden doppelten Klagen, actio *directa* und *contraria*, ergeben. **Unilateralcontracte** werden hingegen diejenigen Contracte genennt, aus welchen nur auf der einen Seite eine wesentliche Verbindlichkeit entstehet, auf der andern Seite aber eine gleichmäsige oder doch wenigstens spätere Verbindlichkeit nicht einmal möglich ist. Zu diesen sind das mutuum, die Bürgschaft, der Litteralcontract, und

und die ungenannten Contracte zu zählen [9]). In Ansehung der letzteren sind zwar mehrere Rechtsgelehrte [10]) anderer Meinung, welche die ungenannten Contracte zu den Bilateralcontracten rechnen wollen, allein, wie ich glaube, ohne hinlänglichen Grund. Denn da in einem ungenannten Contracte einer dem andern etwas giebt oder thut, damit ihm dieser wieder etwas dagegen leiste, so kann nach der Natur eines solchen Contracts nur auf einer Seite, nämlich auf Seiten desjenigen Theils eine Verbindlichkeit entstehen, welcher die Erfüllung des Contracts angenommen hat [11]). Auf Seiten desjenigen hingegen, welcher sein Versprechen erfüllet hat, ist keine Verbindlichkeit aus dem Contracte denkbar. Denn gesetzt, dieser hätte eine fremde Sache gegeben, so ist der ganze Contract ungültig [12]), also entsteht auch keine Verbindlichkeit auf Seiten des Annehmenden, sondern dieser kann, wenn er sein Gegenversprechen ebenfalls schon erfüllet haben sollte, das Gegebene zurückfordern, oder auf das Interesse klagen [13]). Ich bemerke hier noch folgendes.

9) S. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 750. Ganz unrichtig rechnet Claproth a. a. O. alle Realcontracte zu den einseitigen.

10) Z. B. d'AVEZAN Contractuum Lib. I. Cap. 13. §. 1. (*Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 30.) und Claproth in der angef. Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge §. 22. S. 57.

11) *L.* 1. §. 2. *D. L.* 3. *Cod. de permutat.*

12) *L.* 1. §. 3. *D. eod.* wo gesagt wird: alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.

13) *L.* 1. *C. de rer. permutat. L. ult. D. de condict. caus. dat. L.* 5. §. 1. *et* 2. *D. de praescr. verb.* S. d'AVEZAN Contractuum

1) Aus den Bilateral-Contracten entspringen entweder actiones *utrimque directae*, oder auf der einen Seite eine actio *directa*, auf der andern eine actio *contraria*, (§. 274.) Ersteres ist der Fall bey den contractibus bilateralibus aequalibus, letzteres bey den bilateralibus inaequalibus. Die Unilateralcontracte bringen hingegen nur eine einzige Klage hervor, welche bald *condictio certi* wie z. B. beym mutuo, bald *actio* schlechthin genennet wird.

2) Wer aus einem zweyseitigen Vertrage oder Contract wider den Andern mit völliger Wirkung klagen will, muß seiner Seits den Contract bereits erfüllet haben, oder wenigstens seine Bereitwilligkeit zur Erfüllung desselben in der Klage ausdrücklich zu erkennen geben[14]; sonst kann ihm der Beklagte die Ausflucht des nicht erfüllten Vertrages (*exceptio non adimpleti contractus*) entgegen setzen[15]. Hier muß der Kläger beweisen, daß er dasjenige seiner Seits gethan, was ihm, dem Contracte nach, obgelegen[16]. Nur muß der Beklagte deutlich und bestimmt

tractuum Lib. I. cap. 14. besonders aber CUJACII Observat. Lib. XXIII. cap. 28.

14) L. 13. §. 8. *D. de act. emti vend.* L. 21. *C. de pact.*

15) S. *Gabr.* SCHWEDERI Conclusion. selectae de exceptione non impleti contractus. *Tübingae* 1688. *Io. Frid.* WAHL Diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti sive pacti et contractus non impleti. *Goetting.* 1751. und *Henr. Ern. Ferd. a* WEHRN Diss. de exceptione non adimpleti contractus, praes. *Io. Iustin.* WEISMANTEL def. *Erfordiae* 1790.

16) Vergl. MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. V. Fasc. II. Obs. 850.

stimmt anzeigen, worinn der Punct bestehe, welchen der Kläger noch erst zu erfüllen hat, weil sonst dem Kläger ein unmöglicher Beweiß aufgebürdet werden würde, daher die exceptio non adimpleti contractus, wenn derentwegen der Beweiß auf den Kläger zurückfallen soll, jederzeit die Vereinigung eines zum Grunde der Klage gehörigen Thatumstands voraussetzt [17]).

3) Fragt es sich, in wiefern bey Bilateral-Verträgen eine Reue d. i. ein einseitiges Zurücktreten von dem Vertrage statt finde [18])? Es kommt nach dem römischen Rechtssystem darauf an, ob der eingegangene Bilateral-Vertrag schon durch die bloße Einwilligung der Partheyen ein verbindlicher Contract ist, oder erst durch eine erfolgte Prästation seine verbindliche Kraft erhält. Im ersten Falle kann der Vertrag durch einseitige Reue nicht aufgehoben werden [19]), wenn nicht entweder die Freyheit, von dem Vertrage wieder abzugehen, durch eine ausdrückliche Verabre-

17) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle I. Bandes 4. Th. Decis. CXLVIII. nr. 11. pag. 1005. WINCKLER ad BERGERI Oeconom. iur. Lib. IV. Tit. XXV. Th. 5. Not. 14. pag. 836. Schmidts theoretisch-practischer Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. Th. §. 124. S. 197.

18) *Io. Phil.* SLEVOGT Disp. de poenitentia. *Ienae* 1694. Cap. I. Roßmann von der Reue in Verträgen; in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. XX.

19) *L. 5. Cod. de Obligat. et actionib.* Die Ausnahme, welche Roßmann in der angeführten Abhandlung bey denjenigen Contracten machen will, wo es auf die Leistung eines Factums ankommt, ist weder den positiven noch natürlichen Rechten gemäß. S. Schmalz reines Naturrecht §. 116.

abredung (pactum displicentiae) vorbehalten worden[20]) oder der eingegangene Bilateralcontract seiner Natur nach so beschaffen ist, daß er auch einseitig wieder aufgehoben werden kann, wie z. B. der Societäts- und Bevollmächtigungs-Contract[21]). In dem letztern Falle ist der Contract entweder ein benannter oder ein unbenannter Contract. Ist das erstere, so kann zwar derjenige Contrahent pönitiren, zu dessen Nutzen das Geschäft lediglich geschlossen worden ist, allein auf Seiten des andern Theils, welcher die Beschwerde übernommen, wäre die unzeitige Zurückgabe oder Zurücknahme der Sache ein dolus oder eine culpa. So kann man z. B. die deponirte Sache zwar vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit zurückfordern, allein dem Depositor stehet es nicht frey, solche nach Gefallen zurückzugeben[22]). Dahingegen kann der Commodatar die ihm geliehene Sache zwar vor der Zeit zurückgeben, der Commodans aber darf sie vor Endigung des Gebrauchs, wozu er sie gegeben hatte, nicht zurückfordern. Mit den unbenannten Contracten verhält sich die Sache anders. Bey diesen hat zwar der Empfänger nie das Recht, sich

den

20) Wird auf den Fall des einseitigen Zurücktretens eine Geldstrafe festgesetzt, so nennt man dieselbe einen Reukauf oder Reugeld. S. *Io. Aug.* BACHII Diss. de multa poenitentiali in emtione venditione (*Opuscul.* nr. X.) und Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen 2. Band S. 1. ff.

21) *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de poenitentia unius partis ob moram vel perfidiam alterius in contractibus nominatis exule. *Goettingae* 1737. Sect. I. §. 9. et 12.

22) *L.* 1. §. 45. *et* 46. *D. depositi.* SLEVOGT de poenitentia. Cap. I. §. 43. et 44.

den Contract reuen zu lassen [23]): allein in Ansehung desjenigen, welcher sein Versprechen erfüllet hat, kommt es darauf an, ob diese Erfüllung in einem Geben oder in einem Thun bestehet. In dem letztern Falle ist auch auf Seiten des Erfüllenden keine Reue denkbar, sondern dieser kann nur actione praescriptis verbis auf das gegenseitige Versprechen oder de dolo klagen [24]). In jenem Falle hingegen war entweder durch Vergleich etwas in der Absicht gegeben worden, um einen Rechtsstreit aufzuheben, oder es war sonst etwas zu einer andern erlaubten Absicht gegeben worden. Ist das erstere, so findet auch selbst nach den Grundsätzen des römischen Rechts kein Reurecht statt [25]); in dem letztern Falle hingegen konnte, so lange das Gegenversprechen des andern Theils noch nicht erfüllet war, das Gegebene mit der condictione causa data, oder vielmehr *ex capite poenitentiae* zurückgefordert werden [26]). Denn ein unbenannter Contract ist, nach dem römischen Rechte, nur auf Seiten desjenigen obligatorisch, der die Erfüllung dessel-

 ben

23) *L.* 3. §. 2. *D. de condict. caus. dat.* STRUV Synt. iur. civ. Excerc. XXV. Th. 14. Schmidts Lehrbuch von gerichtl. Klagen §. 1047.

24) *L.* 5. §. *3 et* 4. *D. de praescript. verbis.* VINNIUS select. iuris quaest. Lib. I. cap. 46. POTHIER Pandect. Iustinian. Tit. de praescript. verbis §. III. Not. o et p. Tom. I. pag. 553.

25) *L.* 65. §. 1. *D. de condict. indeb. L.* 39. *Cod. de Transact.*

26) L. 5. *D. de condictione causa data causa non sec. Ios. Fernand de* RETES de condictione ex capite poenitentiae Lib. II. *Opusculor.* Sect. III. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 142. sqq.) VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XII. Tit. IV. §. 4. *Christph.* CELLARIUS in Diss. de poenitentia in contractibus innominatis. *Halae* 1690.

ben angenommen. Auf Seiten desjenigen aber, der den Contract erfüllet hat, ist keine Verbindlichkeit vorhanden [27]). Allein heutzutage erlaubt die nach teutschen Rechten allgemeine anerkannte Verbindlichkeit aller Verträge ein solches Reurecht nicht. Dieß halte ich wenigstens für die richtigere Meinung [28]), wenn gleich verschiedene Rechtsgelehrten, jedoch wie ich glaube, ohne hinlänglichen Grund, das Gegentheil behaupten [29]). Schon nach dem römischen Rechte fiel selbst bey einem unbenannten Contracte das Reurecht weg, wenn

27) *de* RETES cit. loc. Cap. I. §. 2.

28) S. SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. XXXII. §. 11. STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 5. und in Tract. de cautelis contract. Sect. III. cap. V. §. 4. sq. BOEHMER in doctr. de actionibus Sect. II. cap. IX. §. 3. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. Part. II. Obs. 380. nr. 44. und Tom. III. Part. I. Obs. 197. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 40. §. 4. *Io. Fried.* HERTEL Diss. de poenitentia in contractu innominato hodie non locum inveniente. *Ienae* 1733. Schmidts Lehrbuch von Klagen §. 1048. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 801. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 187. Griesinger von der Verbindlichkeit der Verträge. 2. Buch §. 28. u. a. m.

29) J. B. MEVIUS Tom. II. Part. VIII. Obs. 319. CARPZOV P. II. Constit. XXXIII. Def. 23. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandectar. Lib. XIX. Tit. IV. §. 21. ALEF Diss. de eo, quod iustum est circa poenitentiam in contractibus innominatis (in *dieb. academ.* nr. X.) Cap. 4. HOMMEL Rhapsod quaestion. for. Vol. II. Obs. 413. nr. 5. pag. 347. COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIX. Tit. IV. Qu. 8. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. II. §. 231. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. cura GMELIN continuat. Tom. III. §. 2051.

wenn solcher mittelst einer Stipulation war eingegangen worden [30]. Nun aber haben bey uns alle Verträge dieselbe Wirkung, wie die Stipulation bey den Römern. Nach diesen Grundsätzen kann man also heutiges Tages, wofern nicht etwa die commissorische Clausel beygefügt worden, oder sonst eine gerechte Ursache vorhanden [31]), weshalb man einseitig von einem Vertrage abzuspringen befugt ist, nur actione praescriptis verbis den andern auf die Erfüllung seines Versprechens belangen. Endlich ist noch

4) zu bemerken, daß es Fälle giebt, da ein Bilateral-Contract doch nur von der einen Seite eine klagbare Verbindlichkeit wirkt [32]). Dahin gehört, wenn man von beyden Contrahenten nicht die Fähigkeit hatte, sich verbindlich zu machen, z. E. ich habe einem Pupillen ohne Einwilligung seines Vormunds etwas verkauft, so bin ich zwar verbunden, den Contract zu halten, wenn dem Pupillen an dessen Aufrechterhaltung gelegen ist, allein ich kann gegen den Pupillen nicht klagen, wenn dieser den Contract nicht halten will [33]). Ferner, wenn ein Bevollmächtigter die Grenzen des Auftrags überschritten hat, so kann zwar der Principal gegen ihn actione mandati directa klagen, dem Mandatarius aber stehet die actio contraria gegen seinen Principal nicht zu [34]).

§. 314.

30) *L. 3. et 4. Cod. de rer. permutat.*

31) Man sehe diese Ausnahmen bey Höpfner im Commentar §. 801.

32) *Io.* D'AVEZAN Contractuum lib. l. cap. 13. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 30.)

33) *L. 13. §. 29. D. de action. emti vend.*

34) *L. 41. D. mandati.* Mehrere Beyspiele enthalten. *L. 20. §. 2. L. 32. D. locati. L. 34. D. de contrah. emt. vendit.*

§. 314.

Wirkung der Verträge I) in Absicht auf diejenigen, welche daraus verpflichtet werden. Eintheilung der Verträge in *pacta realia* und *personalia*.

Verträge verbinden nun der Regel nach nicht nur die Paciscenten, sondern ihre Wirkung erstreckt sich auch auf deren Erben, wenn gleich derselben keine besondere Erwähnung geschehen ist [35]). Denn der Erbe tritt in alle Rechte und Verbindlichkeiten des verstorbenen Erblassers ein, und wird mit diesem als eine Person angesehen. Es giebt jedoch Ausnahmen von der Regel. Dahin gehört 1) wenn aus den Worten des Vertrags, oder aus der Absicht der Paciscenten ganz deutlich erhellet, daß der Vertrag bloß auf die Person der Paciscenten eingeschränkt seyn solle. Z. B. wenn ich einem verspreche, daß ich ihm, so lange ich lebe, jährlich eine gewisse Summe zu seinem Unterhalte auszahlen wolle, so verpflichtet dieser Vertrag meine Erben nicht [36]). Man denke sich ferner den Fall, daß zwischen dem Gläubiger und Schuldner die Verabredung wäre getroffen worden, daß wenn der Bürge mit Tode abgehen würde, der Schuldner alsdenn an dessen Stelle einen andern gewissen Bürgen dem Gläubiger verschaffen solle, so können die Erben des verstorbenen Bürgen aus der Bürgschaft ihres Erblassers nicht belangt werden [37]). 2) Wenn ein Vertrag von der Art ist, daß dabey auf die persönlichen Eigenschaften der Paciscenten, z. B. auf Fleiß, Geschicklichkeit, oder Ehrlichkeit des andern, hauptsächlich gesehen worden ist.

35) *L.* 59. *et* 143. *D. de Reg. iur. L.* 52. §. 1. *D. de pact.*

36) *L.* 52. §. 3. *D. h. t.*

37) CARPZOV P. II. Constit. XX. definit. 5.

ist [38]). Aus diesem Grunde geht zum Beyspiel eine Societät nicht auf die Erben. Eben dieses gilt auch von der Bevollmächtigung. 3) Wenn der Vertrag unter einer Potestativbedingung geschlossen worden ist, welche der Erbe des Paciscenten nicht erfüllen kann. Hieraus entstehet nun die Eintheilung der Verträge, daß einige Realverträge, (*pacta in rem*) andere bloß persönliche (*pacta in personam*) sind, je nachdem sie entweder auf die Erben gehen, oder bloß auf die Person der Paciscenten eingeschränkt sind [39]). Man muß jedoch bemerken, daß die Gesetze nicht bloß in Rücksicht der Verbindlichkeit, sondern auch vorzüglich in Ansehung des daraus entstehenden Rechts diese Eintheilung der Verträge machen, und daher in dieser Hinsicht Realverträge diejenigen nennen, welche auch den Erben der Paciscenten, oder einem Dritten zu statten kommen, Personalverträge aber diejenigen, welche nur allein dem Paciscenten ein Recht geben, dem Erben desselben aber so wenig als einem andern zu gute kommen [40]). So sagt z. B. Paulus [41]) im drit-

38) MOEGLING D. de certae personae industria electa.

39) *Iac.* SCHEFFER D. de pacto reali et personali. *Giessae* 1692. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. I. §. 86. u. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 743.

40) *L.* 7. §. 8. *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* In der angeführten *L.* 7. wird zugleich bemerkt, daß man, um zu beurtheilen, ob das pactum in rem oder ob es in personam sey, nicht blos auf die Worte, sondern auch auf die Absicht der Paciscenten sehen müsse. Denn oft wird eine Person im Vertrage genannt, nicht um ein Personalpactum zu schließen, sondern nur um anzudeuten, mit wem das pactum geschlossen sey. Ein Beispiel davon giebt die *L.* 40. *D. h. t.* Von diesem Unterschiede zwischen

dritten Buche über das Edict: *Pacta in rem* sind allen denjenigen nützlich, an deren Befreyung von der Verbindlichkeit dem Paciscenten selbst gelegen war. Daher kommt auch eine vom Hauptschuldner geschlossene Convention dem Bürgen zu statten. Denn müßte dieser dennoch zahlen, so würde er seinen Regreß an den Hauptschuldner nehmen [42]. Allein der Vertrag des Bürgen, daß der Gläubiger von ihm nichts fordern solle, hilft den Hauptschuldner nichts, weil dem Bürgen nichts daran gelegen ist, ob der Hauptschuldner befreyet wird oder nicht [43]. Es ist also nur ein Personalvertrag. Wenn hingegen die Absicht der Paciscenten war, daß auch der Hauptschuldner frey werden sollte; z. B. der Bürge hat sich überhaupt versprechen lassen, daß die Schuld von niemand gefordert werden solle (ne petatur); so ist dieser Vertrag ein pactum in rem, und er kommt auch dem Hauptschuldner zu statten [44]. Nach Verschiedenheit dieser Begriffe kann nun ein pactum zuweilen von der einen Seite real, von der andern persönlich seyn [45]. Z. B. wenn ich meinen Schuldner verspreche, daß ich, so lange ich lebe, die Schuld nicht fordern wolle, so ist dieser Vertrag persönlich in Absicht meiner

schen *pactis in rem* und *in personam* handeln BACHOV ad Prota Pandect. p. 597. u. p. 648. und VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11—14.

41) *L.* 21. §. 5. *D. h. t.*

42) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. cura III. GMELIN obsol. Tom. III. §. 1796.

43) *L.* 23. *D. h. t.*

44) *L.* 25. §. 2. *L.* 26. *D. h. t.* VOET c. l. §. 12.

45) *L.* 57. §. 1. *D. h. t.*

meiner, des Gläubigers; denn meine Erben können die Schuld fordern; ohne daß ihnen die exceptio pacti entgegen stehet. Allein in Rücksicht des Schuldners ist das pactum ein Realvertrag, weil es auch den Erben desselben zu statten kommt. Denn ich kann weder von ihm noch von seinen Erben etwas fordern. Ferner wenn ich meinem Schuldner versprochen habe, daß, so lange er lebt, die Schuld nicht gefordert werden solle; so ist dieses pactum persönlich in Betracht des Schuldners. Denn seinen Erben hilft es nichts. Allein real ist es in Ansehung des Gläubigers, weil weder er, noch seine Erben, klagen können[46]). So ist auch der Leibrentencontract in Ansehung desjenigen, dem die Leibrenten versprochen worden, persönlich, und erlöscht mit dessen Tode. Allein auf Seiten dessen, der die Renten zu bezahlen versprochen hat, ist der Contract real, weil er auch desselben Erben verbindet[47]).

Ich habe hier noch zweyerley zu bemerken. 1) Im Zweifel ist ein jedes pactum für real zu halten, welches nicht ausdrücklich, oder seiner Natur nach auf die Person der Paciscenten eingeschränkt ist[48]). Hieher gehört die bekannte Konstitution des K. Justinians[49]), worin es heißt:

46) S. Höpfner in der Sammlung römischer Gesetze (Frankfurt u. Leipzig 1785. 8.) S. 83. f.

47) S. *Fratr.* BECMANNORUM consilia et decision. P. II. Decis. LXIX. nr. 12.

48) SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exerc. VIII. §. 13.

49) *L. 13. Cod. de contrah. et committ. stipulat. Em.* MERILLIUS in Exposit. in L. Decisiones Iustiniani nr. X. pag 22. (edit. *Neapolitan.* 1720. 4.)

heißt: Generaliter sancimus, *omnem stipulationem*, sive in *dando* sive in *faciendo*, sive mixta ex dando et faciendo inveniatur, et *ad heredes* et *contra heredes* transmitti, sive specialis heredum fiat mentio, sive non. *Cur enim, quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes et adversus eos transmittatur?* 5) Wenn gleich ein persönlicher Vertrag an sich nicht auf die Erben geht, und diese den Vertrag zu continuiren nicht verpflichtet sind, so folgt doch daraus noch nicht, daß auch die Verbindlichkeit aus demselben nicht wenigstens in sofern auf die Erben übergehe, daß diese, über die Facta ihres Erblassers Rede und Antwort zu geben, angehalten werden könnten. So z. E. kann zwar der Erbe eines verstorbenen socii nicht gezwungen werden, in der Societät zu bleiben; allein deswegen liegt ihm doch ob, die Handlungen seines Erblassers wenigstens in so weit zu vertreten, als er selbst seine Handlungen gegen die Societät zu veranstalten schuldig gewesen wäre [50]).

§. 315.

In wiefern verbinden die Verträge einen Dritten?

Auf einen Dritten, der weder den Vertrag geschlossen, noch des Paciscenten Erbe geworden, erstreckt sich der Regel nach die Verbindlichkeit desselben nicht [51]). Denn man kann keinem Dritten unbillige Lasten auflegen, oder ihn um sein Recht bringen [52]). Wenn daher z. B. zwischen dem

50) *L.* 35. *L.* 36. *L.* 40. *L.* 63. §. 8. *D. pro socio.*

51) *L.* 27. §. 4. *in fin. D. h. t. L.* 25. *C. eod.*

52) *L.* 74. *D. de Reg. iur. L.* 1. 2. *et* 3. *C. inter alios acta aliis non nocere.*

dem Schuldner und Gläubiger durch Vertrag wäre ausgemacht worden, daß der Gläubiger die Abgaben von dem verpfändeten Grundstücke nicht bezahlen solle, sondern der Schuldner dieselben entrichten wolle, so verbindet dieser Vertrag den Fiscus nicht. Denn durch Verträge der Unterthanen kann das Recht des Fiscus keinen Eintrag leiden[53]). Nicht einmahl ein successor singularis, der die Sache, in Ansehung welcher vorher ein Vertrag geschlossen worden, z. E. durch Kauf an sich gebracht hat, wird durch den Vertrag seines antecessoris verpflichtet. Der Käufer erlangt vielmehr durch die Uebergabe und Zahlung ein Recht gegen einen jeden Dritten, also auch gegen den, welchem vorher die gekaufte Sache z. B. verpachtet worden. Der Käufer kann daher den Pächter vor geendigter Pachtzeit austreiben[54]). Wird durch den Vertrag ein ius in rem z. B. eine Hypothek oder Servitut ertheilt, so muß zwar der Nachfolger, welcher die Sache erhält, das darauf haftende dingliche Recht anerkennen; allein eine eigentliche **Verbindlichkeit** d. i. eine persönliche Verpflichtung des antecessoris bindet den Nachfolger nicht[55]). Der Grundsatz, daß Verträge einen Dritten nicht verbinden, leidet indessen auch seine sehr beträchtlichen Ausnahmen. Dahin gehört, 1) wenn der Dritte mit demjenigen, welcher den Vertrag geschlossen hat, den Rechten nach als eine Person angesehen werden kann. So z. B. wird der Pupill aus den seinetwegen geschlossenen Verträgen des Vormunds verbindlich, und

53) *L.* 42. *D. h. t.*

54) *L.* 9. *C. loc. cond.*

55) **Höpfner** im Commentar über die Institutionen §. 743.

und kann daraus actione utili belangt werden [56]). Denn Tutor und Pupill werden für eine Person gehalten. Eben so auch Cedent und Ceßionar. Der Schuldner kann daher demjenigen, welchen ich meine Forderung cedirt habe, alle die Exceptionen entgegen setzen, die ihm gegen mich zustanden, z. B. exceptionem compensationis, pacti de non petendo u. dgl. So werden auch Ehegatten, welche in einer allgemeinen Gütergemeinschaft leben, in Rücksicht auf ihr sämtliches Vermögen nur als eine Person angesehen. Der Mann muß daher für die Schulden der Frau, und umgekehrt die Frau für die Schulden des Mannes haften, als wenn sie ihre eigene wären [57]). 2) Wer einem Dritten ausdrücklich oder stillschweigend die Abschliessung eines gewissen Contracts, oder die Besorgung seiner Geschäfte überhaupt anvertrauet, wird durch dieses Dritten Contracte verbunden, insofern derselbe in den Grenzen seiner Vollmacht geblieben ist *). So verbinden die Contracte des Mandatars den Mandanten, die des Factors seinen Handlungsprincipal, die des magistri navis den exercitorem. 3) Wird ein Dritter auch aus einem Contract alsdann verbindlich, wenn ich beweisen kann, daß dadurch sein Nutzen befördert worden ist. Z. B. des Titius Sohn hat von mir Geld geborgt, und damit eine dringende Schuld seines Vaters

56) *L. 1. et 3. Cod. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri poss.*

57) S. Benjam. Friedr. Pfizer von den Rechten und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantproceß über das Vermögen ihrer Männer. (Stuttgard 1794. u. 96.) I. Th. §. 53. und II. Th. §. 197.

*) *L. 12. L. 14. D. h. t.*

ters bezahlt, oder in desselben Abwesenheit sein Haus repariren lassen; hier haftet mir desselben Vater ex versione in rem. Eine solche gesetzliche Ursach, weshalb aus einem Contract wider einen Dritten geklagt werden kann, welcher den Contract weder selbst geschlossen, noch des Contrahenten Erbe geworden ist, heißt *adjectitia qualitas*, und wird diese Ursache der Hauptklage aus dem Contracte beygefügt, so entsteht daher eine *actio adiectitiae qualitatis*, z. B. actio venditi *quod iussu*, actio venditi *institoria*. Wenn ich nämlich mit des Titius Sohne auf Befehl seines Vaters einen Kaufkontract geschloßen, oder wenn ich an desselben Handlungsfactor Sachen oder Waaren verkauft habe, und ich klage gegen den Vater oder den Handlungsprincipal, auf die Bezahlung des Kaufgeldes; so ist die aus dem Kaufcontract entspringende actio venditi eine actio adjectitiae qualitatis und heißt in dem einen Falle *actio quod iussu*, in dem andern *institoria*. Ich werde von dieser Art Klagen Lib. XIV. Tit. I. ausführlicher handeln.

§. 316.

II) Von der Wirkung des Vertrags in Absicht auf die Leistung des versprochenen Objects.

In Absicht auf die Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vertrags ist ein Unterschied zu machen, ob das Versprechen alternativisch geschehen, oder nicht, sondern schlechthin auf die Leistung eines bestimmten Objects gerichtet ist. In dem erstern Falle hat in der Regel der Schuldner die Wahl, welche von den mehreren

alternativisch versprochenen Sachen er leisten wolle [58]); wenn der Gläubiger sich solche nicht ausdrücklich ausbedungen hat [59]). Diese Wahl verliert auch der Schuldner dadurch nicht, daß er aus Irrthum beyde Sachen, von denen er nur eine zu liefern schuldig war, prästiret hat [60]); oder daß er durch richterliche Sentenz das Eine zu leisten schlecht-hin

58) §. 33. *I. de Actionib. L. 34. §. 6. D. de contrah. Emt. L. 10. §. ult. D. de iure dot. Cap. 70. de Reg. iur. in VIto.* S. *Io. Nic.* HERTII Diss. de electione ex obligatione alternativa debitori debita. (in EJUS *Commentat. atque opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 348. sqq.) *Iust. Ge.* CHLADENII Diss. de iure debitoris circa electionem in caussis alternativis. *Vitemb.* 1725. und *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de iure eligendi ex obligatione alternativa. *Erf.* 1711.

59) *L. 10. §. ult. D. de iure dot. L. 93. et 112. D. de Verb. Obligat. L. 95. D. de Solut.* HERT cit. Diss. Sect. III. §. 1. Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. CCCVI. nr. 24.

60) Ulpian und Celsus waren zwar anderer Meinung, wie aus den *L. 26. §. 13. D. de condict. indeb.* und *L. 19. D. de Legat. II.* erhellet, allein Justinian hat deren Meinung verworfen, und die Meinung Papinians bestätiget in der *L. penult. Cod. de condict. indeb.* S. *Iac.* LABITTI Usum indicis Pandectar. Cap. IV. §. 8—10. (in WIELING *iurispr. restituta* pag. 77.) STRAUCH ad L. Decision. Iustiniani Exercit. VI. Cap. IV. nr. 4. und MERILLIUS in Exposit. in L. Decis. Iustin. Nr. V. pag. 12. Zwar will THOMASIUS in Diss. de obligatione ex promissioni rei incertae §. 53. behaupten, Justinian habe den Papinian eine falsche Meinung angedichtet, und daher desselben Decision als vernunftwidrig verworfen; allein man sehe *Gottfr.* MASCOVII Diatr. de Sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 8.

hin verurtheilt worden ist[61]); sie gehet auch nicht durch seinen Tod verlohren, sondern vielmehr auf seine Erben über[62]). Nur dann, wenn die Wahl nicht mehr möglich ist, weil die eine von beiden alternativisch versprochenen Sachen zu Grunde gegangen, ist er dasjenige, was noch in seiner Gewalt stehet, schlechterdings zu leisten schuldig, und kann sich mit der Ausflucht, die Schuld liege nicht an ihm, keinesweges behelfen, weil in diesem Falle die Wahl ganz wegfällt, welche dem Promißor bey einer alternativen Verbindlichkeit nur so lange zustehet, als sie noch möglich ist[63]). Ist hingegen das Versprechen auf die Leistung eines gewissen bestimmten Objects gerichtet, so unterscheidet man nach der gemeinen Lehrart, ob ein Factum oder eine Sache versprochen worden; und behauptet, daß nach den Grundsätzen des römischen Rechts zwar die versprochene Sache präciß zu leisten sey, hingegen eine obligatio faciendi immer nur die Alternative in sich fasse, entweder das versprochene Factum oder das Interesse zu prästi-

 ren.

61) HERT cit. Diss. Sect. II. §. 3. und REINHARTH cit. Diss. Cap. II. §. 2. halten eine solche Sentenz für null und nichtig. Allein man sehe CHLADENIUS cit. Diss. §. 8.

62) Nam pacta in dubio realia censentur. *L. 7. §. 8. D. h. t.* weil zu vermuthen, daß jeder Paciscent nicht nur sich, sondern auch seinen Erben einen Vortheil verschaffen wolle. S. HERT cit. Diss. Sect. IV. §. 1. REINHARTH Diss. Cap. IV. §. 4. und CHLADENIUS cit. Diss. §. 17.

63) *L. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. L. 10. in fin. D. de iure dot. L. 95. pr. et §. 1. D. de solution. L. 47. §. 3. D. de legat.* 1. HERT cit. Diss. Sect. III. §. 4. HOMMEL Rhapf. quaestion. for. Vol. I. Obs. XIX. nr. 3. pag. 23. und Meine Rechtsfälle 2. Band Nr. XXXI. §. 7.

ten [64]). Allein daß diese Distinction weder dem Rechte der Vernunft, nach der Analogie der römischen Gesetze gemäß sey, ist schon von Andern hinlänglich gezeigt worden [65]). Schon das Naturrecht lehrt mich, daß ich jeden, mit dem ich einen verbindlichen Vertrag geschlossen habe, zur genaue-sten

64) S. DONELLUS in Commentar. ad L. 72. D. de Verbor. obligat. nr. 31. sqq. *Guil.* MASIUS in Tract. de rei debitae aestimatione. (*Lovanii* 1653. 4.) P. I. Cap. 4—7. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. T. III. Lib. XLIV. Tit. VII. §. 18. *Io. Matth.* MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib II cap. 11. (in *Thesaur. Meermann.* Tom. III. pag. 311. sq.) *Burckh.* BARDILI in Tract. de obligatione faciendi. *Tubing.* 1749. Cap. VII. §. 87—90. et §. 113. STRUV in Evolution. controversiar Lib. II. Tit. XIV. Th. 46. Qu. 2. et Lib. XLV. Tit. I. Th. 22. Qu. 2. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 41. et 42. BERGER in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. I. Th. 4. *Io. Balthas.* L. B. *de* WERNHER in Observat. for. Tom. I. P. I. Obs 305. nr. 125. Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landrecht IV. Band S. 966. u. a. m.

65) Man vergleiche *Io.* CORASII Miscellaneor. iur. civ. Lib. II. cap. 3. HUBERI Praelection. ad Institut. Lib. III. Tit. XIV. §. 5. pag. 364. *Christ.* THOMASII Diss. an promissor facti liberetur praestando id quod interest? *Halae* 1721. rec. 1736. (*Dissertat. academicar.* Tom IV. pag. 455. sqq.) *Io. Phil.* HAHN Colleg. polem. ad Institut. Iustiniani Controv. 78. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. 2. Subsect. I. §. 2. *Mich. God.* WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 22. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 743. nr. 2. *Christ. Wilh.* WEHRN doctrin. iuris explicatr. principiorum et causarum damni praestandi. Cap. VI. §. 53. pag 359. et not. 4. pag. 360. und *Io. Err. Bernh.* EMMINGHAUS Not. ad COCCEJI *ius civ. controv.* h. t. Qu. 42. not. d. et g.

sten Erfüllung seines Versprechens zwingen kann, warum soll ich nun einen nicht zur Leistung eines versprochenen Factums eben so gut, als zur Leistung einer Sache zwingen dürfen? Man kann ja den Schuldner nicht wider seinen Willen nöthigen, das Interesse zu prästiren, wenn dieser das Factum, seinem Versprechen gemäß leisten will; aus welchem Grunde sollte also der Schuldner berechtiget seyn, sich durch willkührliche Leistung des Interesse von seiner Verbindlichkeit loßzumachen, wenn dem Gläubiger an der Leistung des Factums mehr gelegen ist? Von diesen Grundsätzen des Naturrechts weichen auch die römischen Gesetze nicht ab; sie sagen zwar, daß derjenige, welcher das versprochene Factum nicht leistet, zur Prästation des Interesse verurtheilt werden könne[66]); allein die Schlußfolge, daß der Promissarius solches auch wider seinen Willen anzunehmen schuldig sey, läßt sich daraus um so weniger herleiten, da die Gesetze nicht erlauben, dem Gläubiger, statt des schuldigen Objects, etwas anders aufzudringen[67]), und übrigens zwischen der obligatio ad dandum und ad faciendum in Absicht auf das vinculum iuris keinen Unterschied machen.

66) *L. 13 pr. D. de re iudicata. L. 68. L. 72. pr. L. 75. §. fin. D. de Verb. obligat.* Das Interesse kann z. B. der Promissarius fordern, wenn wegen des Verzugs des Schuldners die Leistung des Factums jetzt keinen Nutzen mehr hat, oder der Promissor durch seine Schuld ausser Stand geratten, das versprochene Factum zu leisten, oder die richterlichen Zwangsmittel vergeblich angewendet worden sind, um ihn zur wirklichen Leistung des Factums zu nöthigen. S. WEHRN cit. doctrin. iuris pag. 360. in Not.

67) *L. 2. §. 1. D. de reb. credit. pr. I. de Verb. obligat.*

machen[68]). So gewiß es nun aber ist, daß der Promissor sowohl nach natürlichen als positiven Gesetzen verbunden ist, sein Versprechen genau zu erfüllen; so giebt es doch Fälle wo diese Verbindlichkeit wegfällt. Dahin gehört 1) **wenn eine solche nicht voraus zu sehen gewesene Veränderung der Umstände eintritt, wegen welcher es den Rechten nach erlaubt ist, von einem sonst bündigen Vertrage wieder abzugehen.** Dieser Fall ist nun zwar eigentlich nur dann vorhanden, wenn die entstandene Veränderung einen solchen Umstand betrift, welchen entweder die Natur des Vertrags[69]), oder die ausdrückliche Verabredung der Partheyen[70]) so wesentlich erfordert, daß ohne denselben der Vertrag ganz wegfällt; indessen erlauben doch die bürgerlichen Gesetze in gewissen Fällen auch wegen solcher Veränderungen, die das Naturrecht an sich zur Aufhebung eines Vertrags nicht als hinreichend erkennet, dem einen Theile auch wider den Willen des andern von dem Vertrage zurück zu

68) *L. 3. L. 25. D. de Obligat. et actionib.*

69) Z. B. ich verspreche der Braut des Titius ein Heyräthsgut; allein das Eheverlöbniß wird aufgehoben, so bin ich an mein Versprechen nicht weiter gebunden. Dos enim sine matrimonio esse non potest. *L. 3. L. 56. §. 1. D. de iure dot.*

70) Ich habe mir z. E. bey Schließung des Eheverlöbnisses ausdrücklich ausbedungen, daß mir meine Braut eine gewisse Summe zum Heyrathsgut zubringen müsse. Allein meine Braut wird in der Folge arm, so ist eine solche Veränderung der Umstände vorhanden, welche mich berechtiget, von der Verlobung zurückzutreten. Ein anderes wäre, wenn ich mich zwar des Geldes wegen mit dem Mädchen verlobt hätte, jedoch ohne dieß zur Bedingung zu machen.

zu treten; dergleichen besondere Verordnungen der Civilgesetze aber freylich nur als Ausnahmen von der Regel, nicht aber als Folgerungen einer sogenannten clausulae: *rebus sic stantibus* zu behandeln sind [71]). So z. B. darf eine Schenkung unter den lebendigen wieder zurückgefordert werden, wenn der Schenkende nachher gegen seine Vermuthung noch eheliche Kinder bekommt [72]). So ist ferner der Miethsmann schuldig, das gemiethete Haus vor geendigter Miethzeit zu räumen, wenn der Vermiether entweder wegen eines unvermutheten Vorfalls selbst des Hauses benöthiget wird, oder eine Reparatur darin unternehmen muß,

71) Man behauptet zwar insgemein, daß die Clausel: *rebus sic stantibus* eintrete, so oft die Umstände sich ändern, die einen den Vertrag zu schließen bewogen hätten, und im Gegentheil solche Umstände sich zutragen, die einen Contrahenten, wenn er sie vorausgewußt, oder hätte wissen können, von Schliessung des Vertrags gänzlich würden zurückgehalten haben, und beruft sich auf die *L.* 98. *pr. D. de Verb. Obligat.* und *L.* 38. u. *L.* 82. *D. de Solut.* Man sehe z. B. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XL. medit. 4. *Car. Phil.* KOPP Diss. de clausula, rebus sic stantibus, secundum ius cum naturale, tum civile. *Marburgi* 1750. Allein daß diese Regel in den Gesetzen nicht gegründet, und für Treu und Glauben, auf deren Erhaltung doch bey Schliessung der Verträge vorzüglich zu sehen ist, höchst nachtheilig sey, habe von Tevenar in dem Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 363. Weber in der systematischen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 90. S. 416. ff. MÜLLER in Observat. pract. ad LEYSERUM Tom. V. Fascic. II. Obs. 861. und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1010. sehr gründlich gezeigt.

72) *L.* 8. *Cod. de revoc. donat.*

welche das Ausziehen des Miethsmannes nothwendig erfordert [73]). Diese besondern Fälle lassen aber um so weniger eine Ausdehnung zu, je weniger sich nach dem Naturrechte in den angeführten Verhältnissen eine Befugniß zur völligen Aufhebung des Vertrags erweisen läßt [74]). 2) Ist der Promißor von der Erfüllung seines Versprechens dispensirt, wenn die Sache ohne seine Schuld in einen solchen Zustand gerathen, daß die Erfüllung des Versprechens ganz unmöglich ist [75]). Z. B. die versprochene Sache ist ohne des Promittenten Schuld verlohren gegangen [76]). Ist nur ein Theil der Sache zu Grunde gegangen, so dauert die Verbindlichkeit wenigstens in Ansehung des noch übrigen Theils fort, in sofern nämlich derselbe dem Promissarius noch nützlich ist [77]). 3) Hört die Verbindlichkeit des Promittenten auf, wenn dem Promissar weiter nichts daran gelegen seyn kann, daß der Vertrag gehalten werde [78]). Denn Verträge werden eingegangen, um sich einen Vortheil zu verschaffen. Ist nun aber ein solcher Nutzen bey der Erfüllung des Vertrags auf

73) *L.* 3. *Cod. de locato et conduct.*

74) S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-Pacht- Mieth- und Erbzins-Contract. §. 1021.

75) *L.* 35. *pr. L.* 83. §. 5. *D. de Verb. Obligat.* §. 2. *I. de inutil. stipulat.*

76) Nam impossibilium nulla est obligatio. *L.* 185. *D. de Reg. iur.*

77) S. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. Cap. 24. nr. 4.

78) *L.* 38. §. 17. *D. de Verb. Oblig.* LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. XL. med. 5.

auf keine Weise abzusehen, so stehet dem Promissarius die exceptio: *tua non interest* entgegen[79]). Z. B. wenn ich einem andern versprochen hätte, daß ich durch mein eigenes Grundstück nicht gehen, oder mein eigenes Grundstück nicht benutzen wolle, ohne jedoch dem Andern den Nießbrauch desselben überlassen zu haben, so verpflichtet mich ein solcher Vertrag nicht, weil der Andere kein Interesse dabey hat, ob ich mein Versprechen erfülle oder nicht[80]). Endlich 4) fällt auch die Verbindlichkeit, sein Versprechen zu erfüllen weg, wenn der Promissarius selbst daran Schuld ist, daß ich meiner Ver-

79) Exceptio, *tua non interest*, elidit omnem actionem. MEVIUS Part. I. Decis. CVI. Not. 5. Die von unserm Verf. hier angeführte *L.* 7. §. 2. *D. de distract. pignor.* paßt hierher nicht. Denn das pactum, vermöge dessen sich der Gläubiger von dem Schuldner versprechen lassen, daß dieser das Pfand nicht verkaufen wolle, wird in dem angeführten Gesetz für gültig, und die dagegen unternommene Veräusserung für unerlaubt und nichtig erklärt. Zwar meint *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXXVII. Err. 2. daß statt: ne liceat debitori, vielmehr *ne liceat creditori* gelesen werden müsse, dem auch Westphal in der systemat. Erklärung der Röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 204. Not. 227. S. 301. beygetreten: allein schon *Io.* STECK in Vindicat. legum anticrit. cap. 14. (*Thes. Ottoniani* T. I. col. 523. sq.) und *Iac.* GOTHOFREDUS Animadversion. iuris cap. 14. (*Thes. Ottonian.* Tom. III.) haben diese Emendation verworfen. Besonders aber vergleiche man *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretat. receptar. iuris civ. lectionum Lib. I. cap. 15. und *Henr.* GARRARD Diss. de pacto de non alienando, praes. III. GMELIN habita. *Tübingae* 1789. §. XII. pag. 26.

80) *L.* 15. *D. de Servitut.* WESTPHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et servitut. praediorum §. 531. Not. 479.

Verbindlichkeit nicht habe nachkommen können. Z. B. Er hat die Erfüllung der Bedingungen meines Versprechens gehindert.

§. 317.

In wiefern die Unmöglichkeit von der Erfüllung des Versprechens befreye, wird näher bestimmt.

Soll die Unmöglichkeit die aus dem Vertrage entstehende Verbindlichkeit ganz aufheben, so daß gar keine Klage wider den Promissar statt findet; so muß er an dieser Unmöglichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, nicht schuld seyn [81]). Denn wenn dieses ist, und Promittent hat sich aus Vorsatz, oder durch eine solche Nachläßigkeit, die er zu vertreten hat, selbst ausser Stand gesetzt, sein Versprechen zu erfüllen, so haftet er zur Schadensersetzung und Leistung des Interesse, wenn er gleich jetzt in einer Unmöglichkeit sich befindet. Z. B. es verkauft jemand an einem Fremden sein Pferd, das er schon vorher einem andern verhandelt hatte. Da dem Fremden das Pferd sogleich übergeben wurde, so kann der Verkäufer solches dem ersten Käufer nicht mehr geben. Allein demungeachtet muß er denselben doch entschädigen, und kann sich deshalb mit der Einrede der Unmöglichkeit nicht schützen [82]). Dieß giebt nun unserm Verf. Gelegenheit die Lehre von dem Schadensersatze bey Verträgen gegenwärtig abzuhandeln.

§. 318.

81) *L. 31. D. de R. I.* Quod impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem aut factum efficere possit.

82) S. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien, herausgegeben von Faselius. 2. Band. Nr. CXVIII. S. 424. f.

§. 318.

Was ist Schade? und wie ist das *damnum* I) in Absicht auf den Gegenstand, und II) in Rücksicht auf die Natur und Beschaffenheit desselben einzutheilen?

Schade (damnum) heißt überhaupt jedes Uebel, oder jeder Verlust eines gewissen Gutes, den man entweder wirklich schon erlitten, oder wenigstens zu befürchten hat[83]). Nicht alles *damnum* bestehet also immer in einer wirklich erlittenen Verminderung unsers Vermögens, wie unser Verfasser meint; sondern siehet man auf die Natur des Schadens, so kann derselbe entweder schon geschehen, oder zwar noch nicht geschehen, aber doch noch künftig zu befürchten seyn. In dem letztern Falle wird der Schade *damnum infectum* genennt[74]), weshalb die Gesetze mancherley Rechtsmittel geben, z. B. die *novi operis nunciatio*, wenn jemand zu unserm Nachtheil einen Bau unternimmt, ferner die *cautio damni infecti* bey baufälligen Gebäuden, die den Einsturz drohen, wovon ich zu seiner Zeit handeln werde. Das damnum *factum* kann nach Verschiedenheit des Gegenstandes wieder von mancherley Art seyn, so mannigfaltig nämlich das Gut ist, das man verlieren kann. Man kann einen Verlust leiden an seinem Leben, seiner Gesundheit, seiner Freyheit, seiner Ehre, oder an

83) Eine Hauptschrift ist *Christ. Guil.* WEHRN doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, habita doli mali, culpae, morae, eiusque quod interest, ratione, praestandi. *Lipsiae* 1795. 8. Man sehe besonders Cap. I. wo er von dem Begriff und Eintheilungen des Schadens handelt.

84) *L. 2. D. de damno infecto.* DAMNUM INFECTUM est damnum nondum factum, quod futurum veremur.

an seinem Vermögen. In dem letztern Falle heißt der Schade *damnum pecuniarium* [85]); und dieser bestehet entweder in einer wirklichen Verminderung unsers bereits erworbenen Vermögens, oder darin, daß uns ein gewisser erlaubter Vortheil unrechtmäßiger Weise von dem andern entzogen und vereitelt wird, welchen wir zu erhalten, und hierdurch unser Vermögen zu vermehren, gegründete Hofnung hatten. Im erstern Falle heißt der Schade *damnum positivum*, damnum *emergens*, oder *damnum* in der strengsten Bedeutung [86]); in dem letztern Falle aber *damnum negativum*, *damnum privativum* [87]), oder auch *lucrum interceptum*, *lucrum cessans* [88]), ein entgangener Gewinn. Daß ein Schade der letztern Art nur dann in Betrachtung kommt, wenn uns ein gewisser, sicherer Vortheil, den man mit Grunde zu hoffen hatte, von dem andern entzogen und vereitelt worden ist, hat an sich keinen Zweifel; allein daß wegen eines solchen damni privativi nur dann eine Klage statt finden solle, wenn dasselbe aus einem vorhergehenden damno positivo entstanden ist, wird hier von unserm Verfasser ganz ohne Grund behauptet [89]). Denn so

85) *L. 5. §. 5. D. de his, qui effud.*

86) *L. 3. D. de damno inf.* DAMNUM et DAMNATIO ad ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

87) *L. 2. §. 11. D. Ne quid in loc. publ. Damnum pacti* videtur, qui commodum amittit, quod consequi poterat.

88) *L. 13. D rem rat. haberi. L. 21. §. 3. D. de act. emti vendit. L. un. in fin. Cod. de Sentent. quae pro eo quod interest.*

89) Man sehe vielmehr *Gabr.* CATIANI, de eo quod interest, Syntagma. (*Lugduni* 1542. 4.) Cap. 10. (in *Thesaur. Meermann.* Tom. VII.)

so kann man ja doch wohl unstreitig auf das Interesse klagen, wenn jemand z. B. den Verstorbenen gehindert hat, ein Testament zu machen, welcher mich darin zum Erben einsetzen wollte [90]).

§. 319.

III) Eintheilung des Schadens in Ansicht der wirkenden Ursache.

Siehet man auf die wirkende Ursache des Schadens, so liegt diese entweder in dem selbst, welcher den Schaden leidet, oder ausser ihm. Im erstern Falle kommt der Schade nicht in Betrachtung nach der Regel: quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire [91]). Im letztern Falle ist der Schade entweder durch die freye Handlung eines andern oder durch einen Zufall verursacht worden. In diesem Falle heißt der Schade ein zufälliger (*damnum casuale*); in jenem aber kommt es wieder darauf an, ob die Handlung des andern gerecht oder ungerecht war. Ist das erstere, so wird ein solcher Schade *damnum indirectum* genannt. In Ansehung desselben findet die Regel statt: Qui iure suo utitur, nemini facit iniuriam [92]). Ich muß nur bey dem Gebrauche meines Rechts die gesetzlichen Grenzen nicht überschreiten [93]).

z. B.

90) Eben dieses behauptet unser Verf. selbst Tom. II. §. 1507. S. auch VOET in Comm. ad Pandect. Tom. II. Tit. Si quis aliquem testari prohib. §. 2.

91) *L.* 203. *D. de Reg. iur.*

92) *L.* 151. *L.* 155. §. 1. *D. eod.*

93) WEHRN cit. Doctrina Cap. I. §. 2. pag. 15. sagt daher ganz richtig: *Eum haud facere damnum, qui iure suo, haud ad solum*

z. B. wenn ich auf meinem Eigenthume einen Brunnen grabe, und dadurch den Brunnen meines Nachbars das Wasser entziehe, so kann er deswegen keine Schadensersetzung von mir fordern. Denn ich bediene mich meines Eigenthumsrechts. Wenn ich aber so nahe an der Grenze und so tief grabe, daß meines Nachbars Wand einstürzen muß, so bin ich zur Schadloshaltung verpflichtet, weil ich dem Eigenthum des Nachbars zu nahe getreten[94]. Ist das letztere, und der Schade durch eine ungerechte Handlung des andern zugefügt worden, so ist diese Handlung entweder mit Vorsatz d. i. in der Absicht, mir zu schaden, geschehen, oder bloß aus Nachläßigkeit. In dem ersten Falle heißt der Schade *damnum dolosum*, in dem leztern aber damnum *culposum*.

§. 320.

In wiefern ist ein vorsätzlicher Schade zu prästiren?

Da von dem Dolus sowohl überhaupt, als insonderheit von den Wirkungen des Betrugs bey Verträgen schon oben (§. 293 — 296) ausführlich gehandelt worden ist; so ist hier nur noch zu bemerken übrig, daß der dolus in jedem Vertrage prästirt werden muß, das heißt, jeder Schade, den ein Contrahent dem andern vorsätzlich zugefügt hat, muß ersetzt werden, der Vertrag mag bonae fidei oder stricti iuris, (§. 310.) er mag ein oneröser oder wohl-

lum animum alteri, citra quam nostra intersit, nocendi directo, utitur iusto modo.

94) *L. 24. §. 12. et L. 26. D. de damno infecto.* Man sehe auch Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Decis. LXV.

wohlthätiger seyn [95]). Denn auch bey Schenkungen muß dolus prästirt werden [96]). Ist durch Vertrag diese Verbindlichkeit erlassen worden, so kommt es darauf an, ob das pactum *ne dolus praestetur*, auf die Zukunft geschlossen worden ist, ehe noch ein Contrahent den andern betrogen hatte, oder erst nach begangenem Betrug [97]). Im ersten Falle gilt das pactum nicht, weil

95) *L.* 59. §. 1. *D. mandati.* *L.* 4. *C. de obligat. et act.* *Henr.* COCCEJI Tract. de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quolibet negotio. *Heidelb.* 1672. 4. Disp. I. Sect. I. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 10. (*Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 498.) WEHRN Doctrina cit. Cap. II. §. 5. pag. 39.

96) *L.* 62. *D. de de aedilit. edicto.* *L.* 18. §. *ult. D. de donat.*

97) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXVI. med. 1. et 2. verwirft zwar den Unterschied zwischen dolus futurus und praeteritus, und beruft sich auf die *L.* 34. *Cod. de Transact.* wo es heißt: Volenti dolus non infertur. Allein diese Meinung widerlegt sich von selbst, wenn man erwägt, daß Niemand durch seine Einwilligung dem Andern zu unerlaubten Handlungen ein Recht geben kann. Ueberdem redet die angeführte L. 34. offenbar von einem dolo praeterito. Denn die Geschwister Cyrill und Ptolomaides, an welche das Rescript gerichtet ist, hatten ihrem Bruder die Verbindlichkeit, Rechnung wegen der über sie geführten Vormundschaft abzulegen, donationis seu transactionis causa erlassen, da sie wußten, daß er mit der Rechnung nicht bestehen konnte; weil er ihnen versprochen hatte, daß er sie zu Erben einsetzen wollte. S. DONELLUS in Commentar. ad h. L. 34. pag. 113. Endlich ist die *L.* 23. *D. de Reg. iur.* ganz entscheidend, wo es heißt: Non valere, si convenerit, *ne dolus praestetur;* hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita utimur. Man vergleiche übrigens *Christ. Ferd.* HARPPRECHT Disp. de conventione super dolo futuro *Tübingae* 1750. und MÜLLER Observat. pract. ad LEYSERUM. Tom. V. Fasc. II. Obs. 858.

weil es zur Betrügerey verleiten würde [98]). Im letztern Falle hingegen wußte entweder der Contrahent, daß er betrogen wor-

98) *L.* 27. §. 3. *in fin. D. h. t. L.* 17. *pr. D. commod. L.* 1. §. 7. *D. deposit. L.* 5. §. 1. *D. de pact. dotal. L.* 23. *D. de Reg. iur.* Die angeführte *L.* 27. §. 3. *D. h. t.* macht einige Schwierigkeit. Es heißt daselbst: Illud nulla pactione effici potest, *ne dolus praestetur*: quamvis si quis paciscatur, *ne depositi agat*, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit. Auch Ulpian sagt in der *L.* 7. §. 15. *D. de pact.* der Vertrag sey gültig, wodurch jemand verspricht, daß er keine actionem depositi anstellen wolle. Wenn nun also der Depositar einen Dolus begeht, sollte er des eingegangenen pacti wegen nicht belangt werden können? Ich glaube dieß allerdings. Denn sonst wäre ja das pactum, *ne dolus praestetur*, gültig, welches doch Paulus verwirft. Wie kann aber denn Paulus sagen, das pactum, *ne depositi agam*, komme dem Depositar zu statten? NOODT de pactis cap. XIX. pag. 538. behauptet, es habe seine Wirkung in Ansehung eines Schadens, welchen der Depositar aus Nachlässigkeit verursacht. Allein dadurch ist der Schwierigkeit nicht abgeholfen. Denn der Depositar prästirt ja nur culpam latam, und diese wird in Absicht auf die Schadensersetzung dem dolus gleichgeachtet. *L.* 32. *D. depos. L.* 226. *D. de Verb. Signif.* Es kann daher nach dieser Analogie auch kein pactum gelten, *ne culpa lata praestetur*, wie BERGER in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VIII. §. 2. Not. 2 ganz richtig bemerkt. Andere suchen daher der Schwierigkeit dadurch abzuhelfen, daß sie sagen, das pactum, *ne dolus futurus praestetur* sey nur dann ungültig, wenn ich dem andern dieses ausdrücklich versprochen, daß er für den Dolus nicht haften solle. Allein wenn dieses Versprechen nur stillschweigend geschehen, wie bey dem pacto, *ne depositi agam*, ohne dabey des Dolus zu erwähnen, so gelte das pactum. Denn es sey eine Rechtsregel: *Expressa nocent, non expressa non nocent. L.* 195. *D. de Reg. iur.* S. *Ant.* FABER.

worden, und erklärte ausdrücklich, daß er deswegen keine Schadensersetzung verlange, oder er wußte von dem Betruge des Mitcontrahenten noch nichts, als er demselben die Verbindlichkeit der Schadloshaltung erließ. Ist das letztere, so ist das pactum ebenfalls unverbindlich; der Verkäufer, dem ich die Gewährleistung erließ, muß daher, wenn er mir dolose eine fremde Sache verkauft hat, der geschehenen Erlassung ungeachtet, für das Interesse haften[99]). In jenem Falle aber ist das pactum de dolo praeterito gültig[100]).

FABER Rational. ad L. 7. §. 15. D. h. t. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν s. Legum. conciliatar. Centur. VIII. Qu. 89. und POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. LIX. Not. i. Allein warum sollte der stillschweigende Vertrag, daß man wegen des zu begehenden doli nicht klagen wolle, gültiger seyn, als der ausdrückliche? Giebt etwa jener nicht so viel Veranlassung zur Betrügerey, als letzterer? Vielleicht giebt DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 6. pag. 876. noch den besten Aufschluß, wenn er sagt: *Nemo dubitabit, quin haec pactio: ne depositi tecum agam, tibi prosit, ut* PAULUS *loquitur; et tamen verum est, non ad hoc prodesse: ne de dolo tuo, de quo constet, recte agam. Proderit eo, ut si dicas te amisisse, quamvis non probes, absolvi debeas propter conventionem: quod quidem conventione non interposita futurum non erat, ubi diximus, amissionem, quam alleges, abs te probari, aut condemnari debere. Quodsi contendam, rem adhuc apud te esse, aut amissam dolo malo, et probationem in me suscipiam, audiendus sum, nec pactio obstabit, quae sine manifesta turpitudine non potuit tibi concedere, ut impune in deposito me fraudares.*

99) *L. 6. §. ult. D. de act. emti vend. L. 11. §. 15. et 18. D. eod. L. 69. §. 5. D. de Evict. L. 14. §. 9. D. de aedilit. edict.*

100) *L. 27. §. 4. D. h. t.* COCCEJI cit. Tract. de doli etc. praestat. Disp. II. Sect. II. §. 20. WEHRN cit. Doctrina Cap. IV. §. 24. pag. 165. sq.

§. 321.

Begriff von *culpa*; und Unterschied derselben vom dolus und casus.

Von einem vorsätzlichen Schaden ist nun ein solcher zu unterscheiden, der durch Fahrlässigkeit, Versehen oder Schuld (*culpa*) verursacht worden ist [1]). Gewöhnlich versteht man unter der *culpa* die Unterlassung der gebührenden Aufmerksamkeit. Allein da eine solche Unterlassung auch vorsätzlich geschehen kann, so läßt sich auf diese Art, wie auch schon andere bemerkt haben [2]), dolus und culpa nicht füglich unterscheiden. Nach meiner Ueberzeugung bestehet vielmehr die *Culpa* oder Fahrlässigkeit in der beabsichtigten Verursachung einer schädlichen Wirkung, welche dadurch entstanden ist, daß der Handelnde die Regeln der nöthigen Vorsicht und Aufmerksamkeit nicht beobachtete, wodurch diese gesetzwidrige Folge, deren Möglichkeit er vorhersehen konnte, hätte verhütet werden können [3]). Die *Culpa* schließt also 1) allen auf die schädliche Wir-

1) Die Lehre von der culpa haben vorzüglich abgehandelt. *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. de imputatione culpae propriae praes. *Christ.* WILDVOGEL rec. *Ienae 1734.* *Io. Gottl.* de HACKEMANN culpa methodo demonstrativa pertractata *Halae 1741.* *Es. Frid.* PUFFENDORF Tr. de culpa. *Lemgov.* 1740. u. WEHRN in doctrina iuris cit. Cap. IV.

2) S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 1. Th. §. 26. und Christoph Carl Stübels System des allgem. peinlichen Rechts 2. Band. §. 280.

3) Hr. Geh. Justizrath Klein bestimmt sowohl in seinen Annalen der Gesetzgebung u. Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten XII. Band. S. 186. f. als in seinen Grundsätzen des

Wirkung einer Handlung oder Unterlassung gerichteten Willen des Urhebers aus. Denn wäre der gesetzwidrige Erfolg auf irgend eine Art von dem Handelnden beabsichtiget worden, so ist keine culpa, sondern ein dolus vorhanden [4]). 2) Ihre Quellen sind Vernachläßigung des richtigen Gebrauchs der Vernunft, Mangel des Nachdenkens über die Folgen einer Handlung oder Unterlassung, und daher entstehender Irrthum des Handelnden [5]). Man nimmt etwas

 für

des gemeinen teutschen und Preussischen peinlichen Rechts §. 120. — 122. das gegenseitige Verhältniß des dolus und der culpa eben so scharfsinnig als richtig und practisch anwendbar, wenn er das Wesen des erstern in einem positiv bösen Willen, das Wesen der letztern aber in einem negativ bösen Willen setzt, und unter dem positiv bösen Willen den Entschluß, eine unerlaubte Wirkung hervorzubringen, oder eine gebotene nicht hervorzubringen, unter dem negativbösen Willen hingegen den Mangel des guten Vorsatzes, die zur Vermeidung gesetzwidriger Handlungen erforderliche Fähigkeit und Aufmerksamkeit auszubilden oder anzustrengen, verstehet.

4) Zuweilen wird zwar das Wort *Culpa* im weitläuftigen Verstande für eine jede widerrechtliche Handlung genommen, und begreift daher auch den dolus unter sich, *L. 5. §. 1. D. ad L. Aquil. L. 3. D. depositi. L. 9. §. 3. D. de Minorib. L. 91. §. 3. D. de Verb. Oblig. L. ult. D. de SCto Silanian. L. 226. D. de Verb. Signif.* In dieser generellen Bedeutung theilt man die culpa ein in *culpam versutiae* und *culpam ignaviae;* S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. l. cap. 26. WEHRN c. l. §. 8. Allein in der eigentlichen Bedeutung wird culpa dem dolo entgegen gesetzt. *L. 52. §. 2. D. pro socio. L. 8. §. ult. D. mandati. L. 17. pr. D. de iure dot. L. 1. pr. D. de tut. et rat. distrah. L. 5. §. 2. D. Commod. L. 22. §. 3. D. ad SCtum Trebell. L. 23. D. de Reg. iur.*

5) Kleinschrod a. a. O. Seite 44. ff.

für wahr an, von dessen Gegentheil man sich überzeugen konnte, hält eine Handlung für rechtmäßig und unschädlich, da es doch nicht ist, oder glaubt wenigstens, daß sie die schädliche Folge nicht haben werde, deren Möglichkeit man vorhersehen konnte. Der Unachtsame weiß es zwar, oder kann es wissen, daß Nachläßigkeit im allgemeinen unerlaubt sey, und ihn verantwortlich mache, aber er giebt sich die gehörige Mühe nicht, darüber nachzudenken, ob er auch den erforderlichen Fleiß anwende, sondern hält sich schon für vorsichtig genug. 3) Der Grund der Zurechnung culposer Handlungen liegt darin, weil die Gesetze jeden Bürger verbinden, in seinen Handlungen den gehörigen Fleiß und die erforderliche Vorsicht zu beobachten, damit Niemand beschädiget, sondern die Ordnung des Ganzen dadurch bewährt, und die Sicherheit der einzelnen Bürger geschützt werde [6]). Alle Culpa setzt daher 4) auf Seiten des Handelnden, dem sie zugerechnet werden soll, jederzeit eine solche Wirkung voraus, deren mögliches Eintreffen er wissen konnte. Daß er die Folge seiner Handlung wirklich vorhergesehen habe, ist nicht nöthig, genug daß er sie vorhersehen konnte und mußte [7]). Denn eben dieser Mangel an Vorsicht ist eine culpa, welche die natürliche Pflicht des Schadenersatzes nach sich ziehet. Ist hingegen die Wirkung einer Handlung von der Art, daß deren Möglichkeit von dem Handelnden schlechterdings nicht vorher gesehen werden konnte, so ist dieselbe dem Zufall zuzuschreiben, und für diese

ist

6) **Kleinschrod** in den angeführten Grundwahrheiten 1. Th. §. 28.

7) *L.* 31. *D. ad Leg. Aquil.* sagt: *Culpam* esse, quod, cum a diligente *provideri poterit*, non esset provisum.

ist der Handelnde zu hoffen nicht verbunden g). Denn man kann Niemanden mehr Wissenschaft und Kenntniß zumuthen, als er menschlicher Weise haben kann. Um jedoch die

g) S. Cajetan Filangieri System der Gesetzgebung IV. Band 37. Kap. S. 247. ff. Hierher gehört besonders die *L. 52. §. 3 D. pro Socio,* wo Ulpian sagt: Damna, quae *imprudentibus* accidunt, hoc est, *damna fatalia,* socii non coguntur praestare. Verschiedene Rechtsgelehrte haben sich zwar an das Wort *imprudentibus* gestoßen, und solches für unschicklich, und daher diese Stelle für fehlerhaft halten wollen. Man vergleiche nur *Gilb.* REGIUS Enantiophanῶν iur. civ. Lib. II. cap. 20. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. col. 1507.) *Fr.* HOTOMANNUS Observat. Lib. IV. cap. 16. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. Iur. Rom. Lib. II. cap. 10. und *Io. van de* WATER Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 6. Allein man hat hier ganz ohne Noth zu emendiren gesucht, und die Eleganz des Ulpianischen Styls offenbar verkannt. *Damna, quae imprudentibus accidunt,* sind hier, wie schon *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. II. c. 26. nr. 3. lehrt, solche damna, quae nobis nihil tale cogitantibus accidunt, quae accidunt praeter opinionem atque expectationem, quia provideri atque praecaveri non possunt. *Imprudentes* werden also hier diejenigen genannt, die einen gewissen schädlichen Erfolg auf keine Weise voraussehen und abwenden konnten; in welcher Bedeutung das Wort *imprudens* bey den Klassikern häufig vorkommt. S. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA ad L. Aquiliam Lib. II. Cap. 2. Sect. I. nr. 22. (in *Thes. Meermann* T. II. pag. 89.) *Ger.* NOODT in Commentar. in Digest. Lib. XVII. Tit. 2. (*T. II. Oper.* pag. 384.) *Io. Guil.* MARCKART in Probabil. receptar. lection. iur. civ. P. II. p. 89. PÜTTMANN in Interpretat. et Observat. iur. Rom. cap. 29. und besonders *Io. Bern.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. I. cap. V. §. 11. pag. 51. sq. Uebrigens ist mit jener Stelle zu verbinden *L. 6. C. de pignorat. act.* wo es heißt: *Quae fortuitis casibus* accidunt, *cum provideri non potuerint,* (in quibus etiam aggressura latronum est) *nullo bonae fidei iudicio praestantur.*

Schuld vom Zufall gehörig zu unterscheiden, ist auf die Beschaffenheit der Folgen einer Handlung selbst Rücksicht zu nehmen. Die Folgen einer Handlung können entweder natürliche oder moralische seyn. Erstere lassen sich leichter voraussehen, als die letzteren; denn physische Ereignisse sind der Regel nach allgemeiner bekannt, als moralische, welche erst aus positiven Gesetzen erkannt werden müssen, da Gesetze dieser Art nur gar zu oft verkannt werden. Bey diesen kommt es auf die Grundsätze an, wie weit die Unwissenheit des Rechts zuzurechnen oder zu entschuldigen sey? [8]) wovon ein mehreres ad Tit. *de iuris et facti ignorantia.* Es giebt ferner nothwendige, gewöhnliche, seltne und ganz zufällige Folgen. Derjenige, welcher Kenntniß von der Natur einer Handlung selbst hat, muß eben deswegen auch die nothwendigen und unzertrennlichen Folgen derselben kennen. Aber auch diejenigen Folgen, welche zwar nicht nothwendig, aber doch gewöhnlich aus einer Handlung zu entstehen pflegen, können der Regel nach von jedem mittelst des gemeinen Menschenverstandes vorhergesehen werden, und müssen daher von dem Handelnden in Rücksicht des Schadenersatzes vertreten werden. Allein seltne Folgen, die nur mittelbar aus der Verbindung der Handlung mit einem andern von derselben verschiedenen Ereigniß, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit, entstanden sind, setzen schon die Verbindlichkeit zu einem mehr als gewöhnlichen Fleiß voraus, wenn sie ihrem Urheber sollen zugerechnet werden. Dahingegen fällt bey ganz zufälligen

8) Kleinschrods systemat. Entwick. der Grundbegriffe des P. R. I. Th. §. 135. ff.

gen Folgen alle Zurechnung, auch in Rücksicht des Schadenersatzes, weg[10]). Uebrigens kann eine culpa entweder darin bestehen, daß man etwas unternommen, welches nicht recht war, und woraus eben der Schade entweder mittelbar oder unmittelbar erwachsen ist; oder darin, daß man etwas unterlassen hat, welches hätte geschehen sollen, um den Schaden zu verhüten. - Auf diese beyden Hauptfälle lassen sich alle die verschiedenen Arten der Schuld, deren in den Gesetzen Erwähnung geschiehet, z. B. Unwissenheit, (*ignorantia, simplicitas, rusticitas*) Unbesonnenheit, (*ineptia, stultitia*) Unvorsichtigkeit, (*imprudentia*) Unbedachtsamkeit, (*inconsiderantia*) Nachläßigkeit, (*negligentia, desidia, segnities*) zu grosse Sicherheit (*incuria, nimia securitas*) Ungeschicklichkeit (*imperitia, inertia*)[11]) Schwachheit (*infirmitas*) u. s. w. füglich reduciren[12]).

10) Kleinschrod a. a. O. I. Th. §. 50. und 51.

11) Diese *imperitia* muß von einer bloßen Ignoranz wohl unterschieden werden. Denn die *imperitia* ist ein Fehler solcher Personen, von denen man mit Recht verlangen kann, daß sie eine Sache besser verstehen sollten; weil sie Kunst- oder wenigstens Sachverständige seyn wollen. *L. 9. §. 5. L. 13. §. 5. D. loc. conducti. §. 7. I. de Lege Aquilia. L. 27. §. 29. D. eod. L. 6. §. 7. D. de officio praes.* S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- und Mieth-Contract §. 964. S. 730. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. CXII. med. 6. WEHRN cit. lib. Cap. IV. §. 10. Not. 24. pag. 87.

12) *L. 8. et L. 30. §. 3. D. ad L. Aquil. L. 19. §. 1. D. Locati. L. 3. §. 18. D. de susp. tutor. L. 6. D. de iuris et facti ignorant. L. 72. D. pro socio. §. 3. I. quib. mod. re contrah. obligat. L. 51. D. de Eviction.* S. Io. VOLLENHOVEN Diss. de suspectis tutoribus at curatoribus Cap. VI. §. 3. (in

§. 322.

Verschiedene Grade und Eintheilungen der culpae.

Nicht allemahl verbinden nun die bürgerlichen Gesetze gleich dem Rechte der Vernunft, einen Menschen zur Entschädigung wegen der von ihm begangenen Fahrläßigkeit; sondern sie bestimmen gewisse Grade der culpae, und die Entscheidung, ob dieserwegen Entschädigung zu fordern oder zu leisten sey, hängt immer davon ab, ob der Schade durch einen solchen Grad der Fahrläßigkeit verursacht worden ist, zu dessen Vertretung die bürgerlichen Gesetze den Handelnden nach der Natur des eingegangenen Geschäfts verbinden. Hieraus ergiebt sich ein neuer Unterschied zwischen dolus und culpa, indem der dolus, wie bereits oben bemerkt worden, in allen Fällen zu prästiren ist, so daß diese Verbindlichkeit nicht einmahl durch einen Vertrag ausgeschlossen werden kann; dahingegen ein begangenes Versehen nicht in jedem Falle prästiret wird [13]). Um nun den Grad der Fahrläßigkeit zu bestimmen, hat man auf den Zusammenhang des gesetzwidrigen Erfolgs mit der Handlung der Schuld zu sehen. Je genauer dieser Erfolg mit der Handlung verbunden ist, je leichter der Handelnde voraussehen konnte, daß diese Folge aus seiner Handlung habe entstehen können, welche wirklich daraus entstanden ist, desto grösser ist der Grad der Fahrläßigkeit, wenn der Handelnde diejenige Vorsicht und Aufmerksamkeit unterließ, welche erforderlich war, um die schäd-

(In OELRICHS *Thes. nov. Dissert. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. N. 3. pag. 225.) Kleinschrod a. a. O. §. 26. S. 44. und Stübel in dem angef. System des P. R. 2. Band §. 287.

13) BOEHMER Diss. cit. de imputatione culpae propriae Cap. I. §. 3.

schädliche Wirkung zu verhüten. Konnte nun diese Folge ohne alle Geistes Anstrengung blos durch Anwendung des gemeinen Menschenverstandes, oder der allgemeinsten Regeln derjenigen Kunst, welche der Handelnde verstehen wollte und verstehen sollte, vermieden werden; so macht die Unterlassung dieser Vorsicht den höchsten Grad der Schuld aus. Die Gesetze bezeichnen diesen Grad der Fahrläßigkeit durch die Benennungen einer culpa lata[14]); lata negligentia; negligentia dissoluta, crassa, summa; nimia securitas; supina ignorantia[15]); und geben davon folgenden Begriff: *Lata culpa* est nimia negligentia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt[16]). Derjenige macht sich

14) Wenn in der *L.* 32. *D. depositi* eine culpa *latior* vorkommt, so ist diese von der culpa lata nicht verschieden, wie aus der *L.* 223. *pr. D. de Verb. Signif. L.* 1. §. 1. *D. Si mensor. fals. mod. dixerit.* und andern Stellen mehr erhellet: sondern es ist in jener Stelle nur der Eleganz wegen der comparativus statt des positivi gesetzt worden, wie auch schon *Ant.* FABER de Errorib. pragmaticor. Dec. LXXVI. Err. 1. bemerkt hat. Es irren daher diejenigen offenbar, welche eine culpam latam, latiorem und latissimam von einander unterscheiden, deren Meinung *Iac.* CURTIUS Εικασῶν Lib. II. cap. 28. (in *Thes. I. R. Ottonian.* Tom V. pag. 168.) *Hug* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 7. *Ioan* D'AVEZAN Contractuum lib. I. cap. 26. *Th. Meerm.* T. IV. pag. 56.) und andere mehr hinlänglich widerlegt haben.

15) *L.* 22. §. 3. *D. ad SCtum Trebell. L.* 213. §. 2. *L.* 223. *pr. D. de Verb. Signif. L.* 6. *D. de admin. rer. ad civit. pertinent. L.* 7. §. 1. *de suspect. tut. L.* 7. §. 2. *D. de admin. et peric. tutor. L.* 29. *pr. D. mand. L.* 6. *L.* 9. §. 2. *D. de iur. et facti ignor.*

16) *L.* 213. §. *ult. L.* 233. *pr. D. de verbor. signif. L.* 9. §. 2. *D. de iur. et fact. ignor.* Diesen ist die *L.* 32. *D. depositi.* tei-

sich also eines groben Versehens, oder der äussersten Nachläßigkeit schuldig, der ganz und gar keine

Auf-

keinesweges entgegen. Denn wenn Celsus daselbst sagt: Si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: *nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit;* so läßt sich daraus noch nicht folgern, daß derjenige, welcher auf fremde Sachen nicht so viel Aufmerksamkeit wendet, als auf seine eigene, eine an den dolus gränzende culpam begehe, wenn er auch in seinen eigenen Sachen nicht nachläßig, sondern ein sehr fleißiger und vorsichtiger Mensch seyn sollte. Es sind zwar viele berühmte Rechtsgelehrten anderer Meinung. Z. B. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. LXXVI. Err. 2. DONELLUS in Commentar. iuris. civ. Lib. XVI. cap. 7. pag. 880. in fin. *Guil.* PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iuris. Cap. XI. §. 15. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 501.) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 32. D. depositi u. a. m. Allein diese Meinung ist offenbar irrig. *Diligentia eius modi, quem hominum natura desiderat,* heißt hier so viel als diligentia infima, die jeder Mensch anwendet, der wenigstens seinen Sinnen und seiner Vernunft gemäß handelt, wenn er auch sonst eben kein bonus paterfamilias ist. Nun ist hier ohne Zweifel von einem solchen Falle die Rede, wo der Depositar die infimam diligentiam, welche er sonst gewöhnlich in seinen eigenen Sachen anwendet, nicht einmal auf die deponirte Sache verwendet hat, und von diesem sagt Celsus, eum fraude non carere. Der Sinn ist also dieser: derjenige, welcher bey fremden Sachen nicht einmal den allergemeinsten und untersten Grad des Fleisses anwendet, macht sich eines Dolus schuldig, wenn er diese infimam diligentiam wenigstens in seinen eigenen Sachen gewöhnlich anzuwenden pflegt. Wenn er aber auch auf seine eigene Sachen nicht die geringste Aufmerksamkeit wendet, so ist zwar, wenn er durch seine Nachläßigkeit die deponir-

te

Aufmerksamkeit auf die Folge seiner Handlung gerichtet, und nicht einmahl seine Vernunft, seine Sinne, oder seine Phantasie um Rath gefragt hat, wodurch er sich doch leicht von der schlimmen Folge seiner Handlung hätte überzeugen können[17]). Eine solche culpam latam begeht z. B. derjenige, welcher zur Nachtzeit die Fenster, wodurch man sehr leicht von außen in seine Wohnung steigen kann, offen läßt, oder die Thüre nicht verschließt, oder eine fremde Sache, die ihm von dem Eigenthümer zur Verwahrung übergeben worden ist, an einem öffentlichen Orte, wo Jedermann hinkommt, und solche wegnehmen kann, unverwahrt hinlegt, oder mit einem brennenden unverwahrten Lichte auf den Heuboden geht, und überhaupt durch eine solche Handlung oder Unterlassung einen Schaden verursacht, welche unter diesen Umständen kein vernünftiger Mensch begangen haben würde[18]), weil man nur selten Beyspiele findet, daß eine Handlung oder

te Sache verwahrloset, nicht wegen eines Dolus verantwortlich, aber für die culpa lata muß er doch haften. *L. 1.* §. 5. *D. de obligat. et action.* S. LAUTERBACH Coll. Pandect. L. XIII. Tit. 6. §. 35. *Mich. God.* WERNHER lectiss Commentat. in Pandect. P. I. Lib. XVI. Tit. 3. §. 16. pag. 603. und *Chr. Wilh.* WEHRN in doctr. iuris cit. Cap. IV. §. 8. Not. 7. pag. 74. sqq. welcher letztere die Erklärungen anderer geprüft und widerlegt hat.

17) PUFFENDORF Tr. de culpa P. II. Cap. IV. §. 8. Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts I. Th. §. 30.

18) Mehrere Beispiele von einer culpa lata kommen in der *L. 8. L. 29, pr. D. Mandati. L. 7. D. ad L. Cornel. de Sicar.* vor. Siehe auch PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. 5. und *Conr.* RITTERSHUSIUS in commentar. in eandem L. 23. (*Argentorati 1616. 4.*) Protheor. Cap. V.

oder Unterlassung von der Art, als in einem vorkommenden Falle zu Schulden gebracht worden ist, nicht einen so schädlichen Erfolg gehabt haben sollte, als auch jetzt wirklich daraus entstanden ist, folglich diese schädliche Wirkung wahrscheinlicher war, als eine unschädliche [19]).

Wenn hingegen eine unschädliche Wirkung eben so wahrscheinlich war, als die Entstehung der schädlichen Folge, und daher der wirklich verursachte Schade nicht anders, als durch eine vernünftige Untersuchung der wesentlichen Bestandtheile eines Geschäfts, und durch Anwendung einer solchen Aufmerksamkeit verhütet werden konnte, welche ordentliche Leute gewöhnlich in dergleichen Fällen anzuwenden pflegen, so macht die Unterlassung derselben den mitlern Grad der Schuld aus, welchen die Gesetze *culpam levem* [20]), wir aber ein mäsiges Versehen nennen. Die römi-

19) S. *Iac.* CURTIUS Εἰκαστῶν Lib. II. cap. 28. (*Th. Otton.* Tom. V. col. 168.) Cajetan Filangieri System der Gesetzgebung 4. Band 37. Kap. S. 252. Stübels System des allgemeinen peinl. Rechts 2. Band § 289. S. 72. Wolfärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit §. 17. S. 10. und WEHRN cit. doctrina Cap. IV. §. 15. pag. 110. sqq.

20) *L.* 47. §. 5. *D. de Legat. I. L.* 22. §. 3 *D. ad SCtum Trebell. L.* 54. §. 2. *D. de acquir. rer. domin. L.* 20. *Cod. de negot. gest. L.* 7. *Cod. arbitr. tutel.* Diese culpa levis wird meistens verstanden, wo entweder bloß der *culpae* schlechtweg gedacht, oder die *culpa* dem dolo entgegengesetzt wird. *L.* 5. §. 2. *L.* 18. *pr. D. Commodati. L.* 23. *D. de Reg. iuris. L.* 52. §. 2. *D. pro socio. L.* 68. *pr. D. de contrah. emt. vendit. L.* 16. §. 4. *D. Familiae ercisc. L.* 3. §. 1. *D. Naut. caup. et stabular. L.* 9. §. 5. *D. de reb. auct. iud. possid. L.* 31. *in fin. D. locati cond.* u. a. m. Doch bedeutet zuweilen das Wort

römischen Gesetze machen davon folgende Beschreibung: Quotiescunque non fit id, quod quivis paterfamilias idoneus facit[21]); ferner: Si quis non eam diligentiam praestat circa rem alienam, quam bonus et diligens paterfamilias rebus suis adhibet[22]). Dahin gehört z. B. wenn ein Vormund Pupillengelder ausleihet, ohne vorher die Vermögensumstände des Schuldners gehörig untersucht zu haben, oder wenn jemand, welcher wußte, daß seine Stubenthür oder ein anderes Behältniß schwer zu versperren ist, solche zwar zuschließt, ohne jedoch probirt zu haben, ob auch die Thüre wirklich versperret sey, und durch diese Nachlässigkeit, weil die Thüre nicht gehörig zugeschlossen war, zu einer Entwendung Anlaß giebt[23]).

Hat man endlich zwar nach der Handlungsweise eines vorsichtigen Hausvaters oder sachkundigen Mannes alles dasjeni-

Wort culpa, wo es allein stehet, auch culpam latam; zuweilen leviſſimam. Man sehe *Guil.* PROUSTEAU cit. Recitat. Cap. VI. §. 6. *Henr.* COCCEJI Tract. de doli, culpae, et negligentiae praestationibus in quolibet negotio. Diſſ. I. proposit. 12. HOFAKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 212. nr. II. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 758. Not. 6. WEHRN cit. doctrina §. 15. pag. 126. sq.

21) *L.* 11. *D. de admin. et peric. tutor.*

22) *L.* 33. *pr. D. eod. L.* 25. *§. 16. D. Fam. ercisc. L.* 35. *§. 4. D. de contrah. emt. vendit. L.* 14. *D. de pign. act.*

23) Mehrere Beispiele findet man in der *L.* 16. §. 1. *L.* 36. §. 1. *D. de Rei vindicat. L.* 30. §. 3. *L.* 31. *D. ad L. Aquil. L.* 11. *D. de peric. et commodo rei vend.* S. PROUSTEAU c. l. Cap. VI. §. 3. et 4. RITTERSHUSIUS cit. Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur. Protheor. Cap. V. pag. 33. und WEHRN cit. doctr. pag. 129. sq.

jene beobachtet, was zum Wesen einer Handlung erfordert wird, damit eine sonst leicht mögliche schädliche Wirkung verhütet werde, aber dennoch darin gefehlt, daß man die seltnen, und ungewöhnlichen Ereignisse, welche aus einer Handlung sich ergeben können, nicht auf das allersorgfältigste untersuchte [24]), und dadurch eine schädliche Folge verursacht, so macht ein solches Versehen, welches nur durch Hülfe ganz vorzüglicher Fähigkeit, Aufmerksamkeit oder Sachkenntniß vermieden werden konnte, den geringsten Grad der Schuld aus [25]), welchen man ein geringes Versehen, *culpam levissimam* [26]) nennt

24) die Gesetze nennen eine solche Untersuchung scrupulosam inquisitionem, delatoriam curiositatem. *L. 6. D. de iuris et facti ignorant.*

25) *Io. Dav.* MOERGLING Diss. de culpa levissima. *Tüb.* 1692. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe des peinl. Rechts 1. Th. §. 30. S. 52. Woltärs Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit §. 17. Stübels System des allgemeinen peinl. Rechts. 2. Band §. 289. S. 72. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 212. Nr. III.

26) der Ausdruck *culpa levissima* kommt nur einmal vor, nämlich in der *L. 44. pr. D. ad Leg. Aquil.* Gewöhnlicher bezeichnen die Gesetze diesen Grad der Schuld dadurch, wenn sie sagen, daß ausser dem dolus und der culpa auch *diligentia* präslirt werden müsse: *L. 5. §. 2. in fin. D. Commodati L. 23. D. de Reg. iur. L. 47. §. pen. D. de Legat. I.* Jedoch drückt die Redensart *diligentiam praestare* zuweilen auch nur culpam levem aus z. B. in der *L. 68. pr. D. de contrah. emt. L. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et commod. rei vend. L. 36. D. de action. emti vend.* Vergl. HOFACKER c. l. not. I. pag. 167. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. VII. pr. und Westphals Lehre des gemeinen Rechts von Kauf-

Pacht-

nennt. Die Gesetze drücken diesen Grad der Schuld so aus: Si non omnia ea facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset [27]; ferner si talis diligentia non est praestita, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet [28]. Z. E. ich habe zwar den mir geliehenen Ring in einem wohlverwahrten Behältniß verschlossen, allein den Schlüssel nicht so sorgfältig verwahrt, daß ihn nicht ein anderer gefunden, und durch Erösnung des Behältnißes denselben entwendet hätte; oder ich habe zwar die Thüre verschlossen, aber nicht zugleich den Nachtriegel vorgeschoben, und blos dadurch ist ein Diebstahl veranlaßt worden, der sonst nicht möglich gewesen wäre, in beyden Fällen bin ich nur in culpa levissima.

Dieß

Pacht- und Mieth-Contract §. 569. und 570. Die Redensart: *custodiam praestare*, welche in verschiedenen Gesetzen vorkommt, z. B. in der *L.* 13. §. 1. *D. de pign. act.* drückt nicht immer culpam levissimam aus, wie unser Verfasser in der Note a) irrig dafür hält, denn in der *L.* 5. §. 2. 3. *et* 15. *D. Commodati* wird diligentiam praestare von custodiam praestare sehr deutlich unterschieden. Das Wort *custodia* zeigt vielmehr nur diejenige Art des Fleißes an, welche auf die Verwahrung einer beweglichen Sache verwendet wird; und hat wieder seine Grade. Es giebt nämlich custodiam *infimam*, §. 3. I. quib. mod. re contrah. obligat. *mediam* §. fin. I. eod. L. 3. D. de peric. et commodo rei vend. und *summam*. L. 1. §. 4. D. de obligat. et action. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. Lib. XIII. Tit. 6. §. 37. de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XIII. Tit. VI. Qu. 16. HOFACKER c. l. Not. k. pag. 167. und *Ge. Sam.* MADIHN Comment. creditorem in pignore media diligentia non semper liberari ad L. 13. §. 1. D. de pign. act. *Halae* 1764. pag. 11.

27) *L.* 25. §. 7. *D. Locati cond.*

28) §. 5. *I. de locat. cond. L.* 18. *pr. D. commodati.*

Dies sind die drey Grade der Schuld, die sowohl das Vernunftrecht, als das römische Recht anerkennt, ob es gleich dennoch nicht an Rechtsgelehrten fehlt, welche entweder diese ganze Lehre als vernunftwidrig verwerfen [29]), oder doch wenigstens nur zwey Grade der Schuld, nämlich culpam latam und levem annehmen wollen [30]), deren Meinungen aber durch diejenigen Gesetze hinlänglich wiederlegt werden, welche die bemerkten drey Grade der Fahrläßigkeit sehr deutlich unterscheiden [31]). Indessen ist freylich nicht zu läug-

29) S. des verstorbenen Reichshofr. von Braun Abhandlung von der Eintheilung der Schuld, in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1751. Nr. XIII. S. 97—104. Dieser glaubt, die ganze Sache komme auf zwei Regeln an: 1) Wenn etwas freywillig ohne Gefährde unterlassen worden, wozu jemand iure perfecto verbunden ist, so muß die Schuld geleistet werden. 2) Wenn etwas freywillig ergangen, gethan, oder gehandelt worden, ohne Gefährde, welches demjenigen, wozu Jemand iure perfecto verbunden, zuwider ist; so ist er gleichfalls aus der Schuld verbunden. Allein die *L. 226. D. de Verb. Signif.* wo Paulus sagt: magna negligentia culpa est: magna culpa dolus est; entscheidet die Sache allein nicht, wie er glaubt; da andere Gesetze die Grade einer geringern Schuld von der lata sehr genau unterscheiden. *L. 20. Cod. de negot. gestis.*

30) Dieser Meinung sind DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 7. RAEVARDUS ad L. 13. D. de Reg iur. *Pet.* BURGIUS Elector. libro Cap. XII. (in *Thes. I R. Otton.* Tom. I. pag. 330.) *Barth.* CHESIUS Lib. I. Interpretat. iuris Cap. 45. *Henn.* RENNEMANN in iurisprud. Rom. Germ. Disp. XXI. Th. 15 sqq. u. a. m.

31) *L. 47. §. 5 D de legat. I.* Culpa qualiter sit aestimanda, videamus: an non solum ea, quae *dolo proxima* sit, verum etiam, quae *levis* est, an numquid et *diligentia* quoque exigenda est ab

läugnen, daß es in vorkommenden Fällen immer ein schweres Problem für den Richter ist, wenn es auf die Beurtheilung und Entscheidung der Frage ankommt, welcher Grad der Fahrläßigkeit eigentlich zu Schulden gebracht worden sey, indem hierbey nicht nur die Beschaffenheit des Geschäfts, bey welchem ein Versehen begangen worden, sondern auch der Zustand, die Lage, und insonderheit die Geisteskräfte der Person, welche die culpam begangen hat, eine vorzügliche Erwägung verdienen [32]). Daher in dieser Rücksicht zuweilen dem Einen etwas als ein grobes Vergehen angerechnet werden kann, was bey einem Andern in seiner Lage nur ein mäßiges Versehen, oder bey einem Dritten wohl gar nur ein nicht zu imputirender Zufall seyn würde [33]). Denn die allgemeine Rechtsregel: Impossibilium nulla obligatio est, muß auch hier ihre Anwendung finden [34]).

Ich habe bisher von den verschiedenen Graden der Culpa in abstracto gehandelt. Allein zuweilen wollen die Ge-

ab herede? Quod verius est. Vid. *Greg.* LOPEZ MADERA Animadversion. iur. civ. libr. sing. Cap. XVII. *Lud.* CHARONDAE Verisimil. Lib. III. cap. 9. (in *Thes. I. S. Ottonian.* Tom. I. pag. 782)

32) Selbst die Gesetze machen uns hierauf aufmerksam. Man vergleiche nur §. 4. *I. de Lege Aquilia. L.* 1. §. *ult. D. de edendo. L.* 8. *L.* 9. *D. L.* 2. *C. de iur. et facti ignor. L.* 25. §. 1. *D. de probat. L.* 15. §. 11. *D. Quod vi aut clam.* S. RITTERSHUSIUS in Comm. ad L. 23. D. de Reg iur. Protheor. cap. 5. pag. 28. GOTHOFREDUS in Comm. ad L. eand. pag. 108. *Henr.* COCCEJI Disp. II. de doli, culpae et negligentiae praestationibus in quolibet negotio. Sect. I. §. 10.

33) PUFFENDORF Tr. de culpa P. II. Cap. IV. §. 36. et 37. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. CLIV. Corol. 3. WEHRN in doctr. iur. cit. Cap. IV. §. 15. pag. 116. sqq.

34) *L.* 185. *D. de Reg. iur.*

setze, daß nur *culpa in concreto* prästirt werden soll. Diese bestehet darin, wenn Jemand diejenige Aufmerksamkeit unterläßt, welche er sonst gewöhnlich in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt [35]). Sie unterscheidet sich also von der culpa in abstracto darin, daß diese nach dem Maaßstabe des gemeinen Fleißes beurtheilet wird, den Menschen gewöhnlich anzuwenden pflegen, jene aber sich nach dem eigenthümlichen Fleiße und der eigenen Handlungsart derjenigen Personen richtet, von deren culpa die Rede ist. Wenn daher derjenige, der nur für seine Nachläßigkeit in concreto zu haften hat, auf die fremde Sache wenigstens diejenige Aufmerksamkeit verwendet hätte, welche er seinen eigenen Sachen zu widmen gewohnt ist, so stehet er für keinen Schaden, wenn solcher auch bey gewöhnlichen Fähigkeiten gar leicht hätte verhütet werden können; dahingegen derjenige, welcher eine culpam in abstracto zu vertreten hat, den Schaden dennoch zu ersehen schuldig seyn kann, wenn er auch gleich in seinen eigenen Sachen eben keine grössere Sorgfalt anzuwenden gewohnt wäre. Die culpa in concreto bleibt indessen immer nur Ausnahme von der Regel, und findet daher anders nicht statt, als wo die Gesetze ausdrücklich sagen, daß eine diligentia talis prästirt werden solle, qualem quis suis rebus adhibere solet [36]). Dieß ist der Fall bey der Ver-

35) *Wilh. Hieron.* BRÜCKNER Diss. de culpa, quae concretive talis dicitur. *Ienae* 1693. und *Died.* RUNGE Diss. legale fundamentum culpae in abstracto et concreto (ut dicitur) per interpretationem L. 32. D. depositi erutum, sistens. *Goett.* 1751.

36) S. *§. ult. I. de Societate. L. 25. §. 16. D. Familiae erciscundae. L. 72. D. pro Socio. L. 1. pr. D. de tutelae et rat. distrah.*

Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen, die Gemeinschaft mag durch einen Vertrag (Societas) oder auf andere Weise (communio incidens) entstanden seyn, ferner bey der Verwaltung der Dotalgüter einer Ehefrau; denn die Frau kann von dem Ehemann keine grössere Sorgfalt fordern, als derselbe auf seine eigenen Güter verwendet. In allen diesen Fällen ist man nun zwar nur wegen eines solchen Versehens verbindlich, dergleichen man in seinen eigenen Sachen nicht zu Schulden kommen läßt, es ist indessen ausser Zweifel, daß wenn man in seinen eigenen Sachen alle mögliche Sorgfalt anzuwenden gewohnt ist, man auch den fremden Sachen keine geringere Aufmerksamkeit widmen dürfe, wenn man nicht für den Schaden verantwortlich seyn will [37]. Denn wenn gleich die Gesetze sagen, daß die concretive culpa nicht nach der exactissima diligentia abzumessen sey [38]; so schließt doch dieß die Ver-

distrah. L. 17. pr. D. de iure dot. L. 24. §. 5. D. de Soluto matrim. §. 2. I. Quib. mod. re contrah. obligat. §. 1. I. de obligat. quae quasi ex contract. nascunt.

37) Hierin stimmen auch die meisten Rechtsgelehrten mit einander überein. Man vergleiche BRÜCKNER cit. Diss. §. VII. und X. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XIII. Tit. VI. §. 35. RITTERSHUSIUS in Commentar. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XIII. pag. 188. VOET Commentar. ad Pandect. Lib. XVII. Tit. II. §. 12. *de* COCCEJI. Ius civ. controv. Lib. XIII. Tit. VI. Qu. 13. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 757. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. I. §. 213. Anderer Meinung ist jedoch WEHRN cit. doctrina Cap. IV. §. 34. pag. 231.

38) §. *ult. I. et L. 72. D. pro Socio.*

tretung der geringsten Nachläßigkeit nicht aus, wenn man die größte Aufmerksamkeit sonst gewöhnlich in seinen eigenen Sachen anwendet; sondern es wird daselbst der Fall vorausgesetzt, da ein solcher, der in seinen eigenen Sachen nachläßig ist, zum Gesellschafter aufgenommen worden. Aus diesem allen läßt sich nun auch beurtheilen, ob die culpa in concreto ihre Grade habe? Denn wenn gleich die Menschen nach ihrem eigenthümlichen Fleiße betrachtet, gar sehr verschieden seyn können, so hat doch dieses auf die culpa in concreto selbst keinen Einfluß, da von der Prästation derselben nichts befreyet, als die Verwendung der eigenthümlichen Sorgfalt auf die fremden Sachen, man nenne nun die Unterlassung derselben culpam latam oder levem oder levissimam [39]). Da indessen die Gesetze doch wenigstens von jedem vernünftigen Menschen erwarten, daß er in seinen Sachen diligentiam infimam anwende, quam hominum natura desiderat, wie Celsus sagt [40]), so läßt sich die culpa in concreto nach der Rechtsanalogie nicht so weit ausdehnen, daß derjenige, welcher in seinen eigenen Sachen auch nicht einmahl den untersten Grad des Fleißes anwendet, von aller Verantwortung frey sey, wenn er eben so nach-

39) S. BRÜCKNER cit. Diss. §. 16. wo er sagt: *Culpa concretive sumta non perinde habet suos gradus vel species, uti abstractive talis. Licet enim homines varient, dum alius est in suis diligentissimus, alius diligens, alius saltim se gerit, uti communiter homines se gerunt, alius deprehenditur negligens vel negligentissimus; omnes tamen, si volunt esse immunes a praestatione culpae concretive talis, se debent gerere in rebus communibus vel prorsus alienis, uti in suis.* Das Gegentheil behauptet jedoch WEHRN cit. doctrina Cap. IV. §. 15. pag. 125.

40) *L. 32. D. depositi.*

nachläßig mit den fremden Sachen umgeht. Denn die culpa lata in abstracto muß, wie der dolus, dem sie gleichgeachtet wird, in jedem Falle prästiret werden [41]).

§. 323.

Inwiefern ist culpa lata dem dolo gleich zu achten?

Wenn gleich dolus und culpa von einander wesentlich unterschieden sind, (§. 321.) so wollen doch die bürgerlichen Gesetze, daß ein grobes Versehen, welches nahe an den Dolus gränzt [42]), in gewissen Fällen gleiche rechtliche Wirkung mit demselben haben solle [43]). Es entsteht also die Frage, inwieferne also die culpa lata dem Dolus gleich zu achten sey? Unser Verf. unterscheidet zwischen Verträgen und Verbrechen, und meint, daß nur bey den erstern nicht aber bey den letztern eine Gleichstellung des dolus und der culpae latae statt finde. Allein es ist wohl richtiger, wenn wir einen Unterschied machen, ob die Rede von Ersetzung des Schadens, oder von Bestrafung eines Verbrechens ist. Im erstern Falle ist es außer Zwei-

41) *L. 29. pr. et L. 59. §. 1. D. Mandati.* Io. *Ortw.* WESTENBERG Principia iur. sec. ord. Digestor. Lib. XIII. Tit. 6. §. 48. COCCEJI Tr. de doli culpae et neglig. praestat. Disp. III. §. 2. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. P. 1. §. 1822.

42) *L. 29. pr. et §. 3. D. mandati. L. 7. §. 1. D. de suspect. tut. L. 4. D. de magistrat. conven. L. 22. §. 4. D. ad SCtum Trebell. L. 8. §. 3. D. de precario. L. 11. D. de incendio.*

43) L. 1. §. 2. *D. Si is, qui testam. liber esse iussus erit. L. 1. §. 1. D. Si mensor fals. modum dix. L. 1. §. 5. D. de obligat. et action.* wo es heißt: Magna negligentia placuit in doli crimen cadere.

fel, daß die höchste Nachläßigkeit dem Vorsatz gleichzuachten sey [44]). Ich finde daher kein Bedenken, denen [45]) beyzutreten, welche behaupten, daß wenn die Gesetze auch nur des Dolus allein gedenken, dennoch unter dieser Benennung auch die culpa lata mit begriffen sey, wenn es bloß auf Schadensersatz ankommt [46]). Im letztern Falle hingegen ist wieder darauf zu sehen, ob von der Bestrafung eines eigentlichen peinlichen Verbrechens, worauf eine Lebens- oder Leibes- oder solche Strafe gesetzt ist, welche einer Leibesstrafe gleichgeachtet wird, wie z. B. die Ehrlosigkeit [47]), oder ob von Bestrafung einer geringen Vergehung die Rede ist. Im erstern Falle schätzen die positiven Gesetze die culpa lata dem Dolus nicht gleich [48]). Denn offenbar ist derjenige strafbarer, der das Gesetz wissentlich und vorsätzlich überschreitet, als ein anderer, der diesen Vorsatz nicht hat [49]). Daher sagt Kr. Carl

44) Nur bey der Restitution der Minderjährigen findet eine Ausnahme statt. *L.* 7. §. 7. *L.* 8. *L.* 9. §. 5. *L.* 24. §. 1. *L.* 37. §. 1. *L.* 44. *D. de Minorib. L.* 1. *L.* 2. *Cod. Si advers. delict.* STRUV Decision. Sabbath. Cap. XVII. Decis. 29. BERGER Oecon. iuris. Lib. III. Tit. 8. §. 1. Not. 1. WEHRN doctrina iuris cit. Cap. IV. §. 15. pag. 120. Anderer Meinung ist jedoch COCCEJI in Tract. de doli, culpae, et negligentiae praestationibus Diss. III. §. 8.

45) PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XI. §. 17. et 18. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XIII. Tit. 6. §. 33. u. a. m.

46) *L. 29. pr. D. mand. L. 226. D. de Verb. Sign. L. 1. §. 5. D. de Oblig. et act. L. 32. D. depositi. L. 1. §. 1. D. Si mens. fals. mod. dix. L 1. §. 2. D. Si is, qui testam. liber.*

47) Art. 104. der P. G. O. Carls V.

48) *L. 7. D. ad L. Cornel. de Sicar.* Nec in hac Lege (Cornelia) culpa lata pro dolo accipitur.

Carl V. in seiner peinlichen Gerichtsordnung [50]) ganz allgemein: „daß mehr Barmherzigkeit bey solchen Entleibungen, die ungefährlich aus Geilheit, (petulantia s. lascivia) [51]) oder Unvorsichtigkeit, doch wider des Thäters Willen, geschehen, zu haben sey, dann was arglistig und mit Willen geschieht." Zwar machen die römischen Gesetze verschiedene Ausnahmen, wo sie, gestützt auf den Grundsatz: *quia mali exempli res est*, eine grosse Nachläßigkeit, dem Dolus gleich, sogar am Leben, oder mit Ehrlosigkeit, oder andern dergleichen peinlichen Strafen geahndet wissen wollen [52]); allein, daß diese Verordnungen des röm. Rechts heut zu Tage nicht mehr befolgt werden können, ist wenig-

Y 5 stens

49) Kleinschrods Grundwahrheiten des P. R. I. Th. §. 30. S. 52. folg.

50) Art. 146.

51) WALCHII Glossar. interpretat. C. C. C. inserviens v. Geilheit.

52) *L. 15. pr. D. ad L. Cornel. de falsis. L. 38. §. 5. D. de poenis. L. 11. §. 4. D. de his qui not. infam. L. 4. Cod. de custod. reor.* Daher geben mehrere Rechtsgelehrten die Regel: *in causis etiam famosis culpa lata pro dolo habetur.* S. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digestor. Lib. XIII. Tit. 6. §. 49. *Io.* VOLLENHOVE Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus Cap. VIII. §. 2. et seqq. PROUSTEAU cit. loc. §. 18. *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. Lib. III. T. II. Qu. 2. Allein diese Meinung ist aus richtigern Gründen von andern widerlegt und verworffen worden. Man vergleiche *Ger.* NOODT Probabil. iur. civ. Lib. I. cap. 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. L. III. Tit. II. §. 8. BOEHMER Observat. select. ad Carpzovium Qu. CXXXV. Obs. 5. und EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. controv. Lib. III. Tit. II. Qu. 2. Not. f.

stens die Stimme der richtig denkenden Criminalisten [53]). Ist hingegen nur von der Bestrafung geringer Begünstigungen die Rede, so läßt sich die grobe Unachtsamkeit mit dem Vorsatz füglich in eine Classe rechnen [54]).

§. 324. a.

Regeln von der Prästation der Culpa I) ausser dem Contract.

Nicht in jedem Falle wird nun einerley Grad der Schuld prästirt [55]), sondern wenn die Frage ist, in welchen Fällen culpa lata, in welchen levis, und in welchen levissima zu vertreten, so ist ein Unterschied zu machen, ob die culpa in einem Contracte, oder einem solchen Rechtsgeschäft, woraus obligationes quasi ex contractu entstehen, begangen worden; oder ob sie außer einem solchen Verhältniß vorkommt. Ist das leztere, und es hat mir Jemand, mit dem ich weder in einem Contracte, noch sonst in einer ähnlichen Verbindung stehe, aus welcher obligationes quasi ex contractu entspringen, durch seine Culpa an

53) S. Kleinschrod a. a. O. §. 31. Kleins Grundsätze des peinl. Rechts §. 323. *Ge. Iac. Fr.* MEISTER Princip. iur. crim. Germ. communis §. 157. Anderer Meinung sind jedoch LEYSER Specim. 609. Medit. 23. und BOEHMER ad Carpzovium Qu. XXI. Obs. 3.

54) RITTERSHUSIUS in Comment. ad L. 23. D. de Reg. iur. Protheor. Cap. 5. pag. 30. Quistorps Grundsätze des teutschen peinl. Rechts I. Th. §. 36.

55) Unser Verf. bemerkt hier, daß die Redensart *praestare culpam* nichts anders heiße, als den Schaden vergüten, welchen man durch Nachläßigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat. S. COCCEJI cit. Tract. Disp. II. §. 11.

an meiner Sache Schaden gethan; so kommt es darauf an, ob er gewußt hat, daß es meine, und also in Ansehung seiner eine fremde Sache ist, oder nicht. Im erstern Falle ist er den Schaden nach Vorschrift des Aquilischen Gesetzes ohne Unterschied zu ersetzen schuldig, die culpa mag lata, levis oder levissima seyn. Ich setze jedoch voraus, daß der Schade durch eine unerlaubte Handlung verursacht worden sey, welche ihrem Urheber zugerechnet werden kann. Wer durch eine solche Handlung seinen Mitmenschen beschädiget, ist schuldig, diesen Schaden vollkommen zu ersetzen, den er ohne Recht zufügt [56]). Die Gesetze machen hier in Absicht auf den Grad der Schuld nicht nur keinen Unterschied [57]), sondern sie sagen auch ausdrücklich: in Lege Aquilia et levissima culpa venit [58]). Hat mir aber ein bonae fidei possessor,

56) **Kleinschrod** in den angef. Grundwahrheiten des P. R. 1. Th. §. 51. *L.* 155. *D. de Reg. iur.*

57) §. 3. *I. de Leg. Aquilia:* Non minus ex dolo, *quam ex culpa*, quisque hac lege tenetur. §. 16. *in fin. eod.* Placuit eum, *qui obnoxius fuerit*, in factum actione teneri. *L.* 5. §. 1. *D. ad eand. Leg.*

58) *L.* 44. *D. ad L. Aquil.* WEHRN in cit. doctrina iuris de damni praestatione Cap. IV. §. 16. will zwar behaupten, **Ulpian** habe hier den Superlativum statt des positivi gebraucht, und verstehe unter der *culpa levissima* nur die levem, weil in andern Gesetzen gesagt werde, daß die Lex Aquilia nur dolum und culpam bestrafe, *L.* 30. §. 3. *D. eodem*, unter culpa aber, wenn sie schlechthin dem Dolus entgegengesetzt wird, bekanntermaßen nur culpa levis zu verstehen sey, welches auch noch mehr aus der Erklärung des **Paulus** erhelle, welcher in der *L.* 31. *D. eod.* sagt: Culpam esse, quod cum a diligente provideri poterit, non esset provisum. Ueberhaupt macht culpa levis in abstracto den

sessor, welcher die Sache aus wahrscheinlichen Gründen für die seinige hielt, einen Schaden zugefügt, so ist solches entweder schon vorher geschehen, ehe ich ihn noch in Anspruch nahm, oder erst während des Processes. Im ersten Falle ist er diesen Schaden zu vergüten nicht schuldig; quia quasi suam rem neglexit, sagt Ulpian [59]), nulli querelae subiectus ex ante petitam hereditatem. Denn die Gesetze sehen den bonae fidei possessor als den Eigenthümer an, so lange sich der wahre Eigenthümer noch nicht gemeldet hat. Im letztern Falle aber muß bonae fidei possessor für jeden Schaden haften, den er durch seine Schuld wäh-

den höchsten Grad der Schuld aus, welcher in der Regel zu präsiren sey, und in der Lege Aquilia sey kein besonderer Grund vorhanden, von dieser Regel eine Ausnahme zu machen. Allein die Gründe, welche *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA in Commentar. ad Legem Aquiliam Lib. III. cap. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 158.) für die entgegengesetzte Meinung anführt, scheinen mir dennoch überwiegender zu seyn. Man vergleiche nur *§. 3. I. de L. Aquil.* und *L. 1. §. 2. Si is, qui testam. liber esse iussus erit*, so wird man, wie mich dünkt, nicht nöthig haben, der culpae levissimae in der L. 44. cit. eine ganz ungewöhnliche Bedeutung unterzuschieben. Man sehe übrigens *Ger.* NOODT libr. sing. ad Leg. Aquil. cap. 3. et 19. (*Oper.* Tom. I pag. 140. et 167.) *de* COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. IX. Tit. II. Qu. 3. *Ev.* OTTO Commentar. ad §. 3. I. de Lege Aquil. BERGER Resolut. Leg. obstant. Lib. IX. Tit. 2. Qu. 2. *Animadvers.* pag. 159. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Digestor. Lib. IX. Tit. 2. §. 11. und *Ge. Frid.* KRAUSII Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissimam vindicante. *Vitemb.* 1757. §. 3.

59) *L. 31. §. 3. D. de heredit. petit. L. 25. §. 11. D. eod.*

während des Processes verursacht hat [60]; der Grund hiervon ist die Regel, quod post litem contestatam omnes incipiant mala fidei possessores esse; quinimo post contro-

60) *L.* 15. §. 3. *L.* 16. §. 1. *L.* 27. §. 2. *L.* 33. *L.* 36. §. 1. *L.* 45. *L.* 51. *L.* 58. *L.* 63. *D. de Rei vindicat.* *L.* 4. §. 2. *D. fin. regundor.* *L.* 31. §. 3. *in fin. D. de heredit. petit.* Dem Eigenthümer stehet deshalb nach der *L.* 13. und 14. *D. de Rei vindicat.* auch die actio Legis Aquiliae zu, insofern dieselbe noch auf etwas mehreres geht, als er durch die Eigenthumsklage schon erhalten hat. S. Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz und Eigenthum. §. 938. COCCEJI Tract. de doli et culpae praestat. Diss. III. §. 24. nr. IX. CUJACIUS ad L. 91. D. de Verbor. Obligat. *Guil.* BARCLAJUS ad L. 5. Pand. de rebus creditis (in *Thes. I. Rom. Ottonian.* Tom. III. pag. 829.) Ganz anderer Meinung ist WEHRN in cit. doctrina iuris Cap. IV. §. 31. pag. 212. Er glaubt, daß ein bonae fidei possessor während des Processes nur culpam levem in concreto leiste. Allein die *L* 25. §. 16. *D. fam. ercisc.* und *L.* 54. §. *ult. D. de hereditat. petit.* beweisen seine Meinung nicht. Das Gegentheil erhellet vielmehr aus der *L.* 10. *Cod. de acquir. vel retin. possess.* wo es heißt: Nemo ambigit, possessionem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmatur: *interpellatione* vero et *controversia progressa* non posse eum inteligi possessorem, qui, licet possessionem corpore teneat, tamen *ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet et dubitet.* Wie kann man nun von einem solchen Besitzer, dessen bona fides, durch Anstellung einer Klage wider denselben, unterbrochen und wankend gemacht worden ist, sagen, *quod propter ius domino proximum causam habeat gerendi?* Muß er sich nicht vielmehr wegen des ungewissen Ausgangs des Proceßes auch schon pendente lite für einen possessor rei alienae halten? Hierzu kommt, daß die Gesetze den b. f. possessor nur von der Vergütung der bloß zufälligen Schäden

troversiam motam, et quasi praedones teneantur [61]), von welcher ich zu seiner Zeit (§. 567.) ausführlicher handeln werde. Hier bemerke ich nur noch, daß es Fälle giebt, wo extra contractum zuweilen nur culpa levis, oder culpa lata prästirt wird. So z. B. ist der Usufructuar nur diejenigen Deteriorationen zu vergüten schuldig, die er culpa levi verursacht hat [62]), und Pfandgläubiger, welche durch Immission ein prätorisches Pfandrecht erhalten haben, haften nur für vorsätzlich verursachte Schäden [63]).

§. 324. b

II) Von der Prästation der Culpa in Contracten und solchen Rechtsgeschäften, aus denen Verbindlichkeiten *quasi ex contractu* entstehen.

Mit mehreren Schwierigkeiten ist die Beantwortung der Frage verknüpft, auf welche ich nun komme, nämlich wel-

den freysprechen, bey denen keine culpa desselben concurrirt. *L.* 40. *pr. D. de hereditat. petit. L.* 16. *pr. et* §. 1. *L.* 17. *L.* 36. §. 1. *D. de Rei vindicat.* S. Westphal a. a. O. §. 933. u. 935. und *Christph. Christ.* HASSE Diss. de litiscontestatione, an et quatenus bonae fidei possessor per eam in mala fide constituatur. *Goett.* 1780. §. 14. 15. 19. et 20.

61) *L.* 20. §. 11. *L.* 25. §. 7. *L.* 31. §. 3. *D. de hereditat. petit.*

62) *L.* 65. *pr. D. de Usufructu.*

63) *L.* 8. §. 3. *L.* 9. §. 5. *D. de rebus auctor. iudic. possidend.* Westphals Pfandrecht §. 31. Not. 50. S. 79. Wenn *L.* 9. *cit.* sagt: creditorem non teneri, *quia dolo malo caret*, so ist culpae latae praestatio nicht ausgeschlossen, wie *Frid.* de BEHMER in novo iure controv. Tom. II. Observat. 136. ganz richtig bemerkt hat.

welcher Grad der Fahrlässigkeit in Contracten, und solchen Rechtsgeschäften, aus denen obligationes quasi ex contractu entstehen, zu prästiren sey? Thomasius[64]) hält diese Materie für eine der allerschwersten im römischen Rechte, theils weil sich die römischen Rechtsgelehrten bey Bestimmung der Grade der Fahrlässigkeit sehr schwankend und unbestimmt ausdrücken, theils weil sie in ihren Grundsätzen von der Prästation der Culpa selbst nicht einig sind, und weil endlich auch ihre Lehren und Entscheidungen auf keinen hinlänglichen Gründen beruhen. Es lassen sich indessen die Grundsätze des römischen Rechts von der Prästation der culpae sowohl in Contracten, als andern denselben ähnlichen Rechtsgeschäften auf folgende Art, wie ich glaube, am leich-

64) Diss. de usu practico doctrinae difficillima iuris Romani de culparum praestatione in contractibus. *Halae* 1705. Unter den von unserm Verf. in der Not. e. angeführten Schriften ist *Christfr.* WAECHTLERI Commentat. ad Ulpiani L. 5. §. 2. Commod. et L. 23. D. de Reg. iur. sive de gradibus culpae in contractibus, welche derselbe als Inaugural-Disputation sub praesidio *Ioachim.* NERGERI zu Wittenberg 1680. vertheidiget hat, eine der vorzüglichsten. Sie steht nicht in seinen vom Trotz (*Trajecti ad Rhen.* 1733. 8.) herausgegebenen Opusculis rarioribus, sondern ist noch mit einigen andern Schriften desselben, nämlich dessen Lectio cursoria ad L. 7. D. de pactis, ferner Oratio Solemn. de immortalitate boni legislatoris, und desselben Notis ad *Gerardi* NOODT probabilia iuris zusammengedruckt zu Wittenberg 1680. 4. edirt worden. Ausserdem sind noch beyzufügen *Nic.* BURGUNDUS Tr. de periculis et culpa in contractibus. *Bruxell.* 1674. 4. *Frid. Gottl.* ZOLLER Disputat. de eo, quod iustum est circa praestationem culpae. *Lipsiae* 1773. und besonders WEHRN in doctr. iuris cit. Cap. IV. §. 23. sqq. pag. 163. sqq.

leichtesten fassen[65]). Man hat nämlich vor allen Dingen darauf zu sehen, ob wegen des zu vertretenden Grades der Schuld

65) Die klassischen Stellen sind *L.* 5. §. 2. *sqq. D. Commodati* und *L.* 23. *D. de Reg. iur.* welche wörtlich hergesetzt zu werden verdienen. In der erstern Stelle heißt es: Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus; *dolum* in deposito, nam, quia nulla *utilitas* eius versatur, apud quem deponitur, morito dolus praestatur solus: nisi forte et merces accessit, tunc (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur; aut si hoc ab initio *convenit*, ut et culpam, et periculum praestet is, penes quem deponitur. Sed ubi *utriusque utilitas* vertitur, ut in empto, in locato, in dote, in pignore, in societate, et *dolus* et *culpa* praestatur. Commodatum autem plerumque *solam utilitatem* continet eius, cui commodatur: et ideo verior est QUINTI MUTII sententia, existimantis, et *culpam* praestandam et *diligentiam*. — *L.* 23. *D. de Reg. iuris* sagt: Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt: quidam et dolum, et culpam. *Dolum* tantum, depositum et precarium: *dolum* et *culpam*, mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta, (in his quidem et *diligentiam*) societas, et rerum communio, et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus, in singulis contractibus; nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit, excepto eo, quod CELSUS putat, non valere, si convenerit, *ne dolus praestetur*; hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, quaeque sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. Ueber diese letztere Gesetzstelle haben ausser den bisher angeführten RITTERSHUSIUS und PROUSTEAU auch noch vorzüglich *Bern. Henr.* REINOLD in Diss. ad L. 23. D. de R. I. *Opuscul. iurid.* pag. 303. sqq.) und *Iac.* GOTHO-

Schuld durch Vertrag etwas ausgemacht worden, oder nicht. Im ersten Falle bleibt es bey der Bestimmung des Vertrags, und es kann vermöge desselben entweder ein plus oder minus festgesetzt werden, als sonst nach den Gesetzen oder nach der Natur des Geschäfts zu leisten wäre. So z. B. kann ein Contrahent, der nach den Gesetzen nur culpam latam zu verantworten hätte, sich zur Leistung der culpae levis oder levissimae verpflichten. Contractus enim legem ex conventione accipiunt[66]). Es muß nur der Vertrag nicht den Gesetzen zuwider seyn. Denn so ist z. B. der Vertrag nicht gültig, daß der Ehemann wegen des Heyrathsgutes nur für den Dolus haften wolle[67]), weil ein solches Pactum der Absicht der Gesetze ganz zuwider läuft, welchen, um Beförderung der Ehen willen, selbst daran gelegen ist, daß das Heyrathsgut sicher gestellt und erhalten werde[68]). Eben so wenig gilt auch der Vertrag, daß der Contrahent nicht für grobe Versehen haften solle, weil er mit der bona fide nicht bestehen kann[69]).

Ist aber wegen der Vertretung der Schuld nichts ausgemacht, so kommt es darauf an, ob von der Prästation

GOTHOFREDUS in Commentar. in Tit. Pandectar. de div. Regulis iuris (*Genevae* 1653. 4.) pag. 97. sqq. commentirt.

66) L. 1. §. 6. *D. depositi.*

67) *L. 6. D. de pact. dotal.*

68) *L. 2. D. de iure dot. L. 1. D. Soluto matrim.*

69) BRÜCKNER D. de culpa concretive tali §. 20. RITTERSHUSIUS in Comment. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap XVII. PUFFENDORF de culpa P. IV. Cap. II. §. 24. und WEHRN in doctr. iuris cit. Cap. IV. §. 24. pag. 165.

tion einer Sache, oder von Leistung eines **Factums** die Rede ist. Im ersten Falle ist wieder zu unterscheiden, ob **beyde Theile** aus dem eingegangenen Contracte **Vortheil** haben, oder nur **ein Theil** allein, der andere nicht. Ist das erstere, so sind beyde Contrahenten auch aus einem **mäßigen Versehen** (culpa levi wechselseitig verpflichtet. Dieß ist der gewöhnliche Fall beym Kauf- Mieth. Pacht- und Pfandcontracte, zuweilen auch beym Commodatum [70]), und zwar wird in diesen Contracten culpa levis *in abstracto*, in dem Gesellschaftscontracte hingegen, und bey der Verwaltung des Heyrathsgutes culpa levis *in contreto* prästirt. (§. 322.) [71]). Hat hingegen nur **ein**

70) *L.* 18. *princ. D. commodati.*

71) Die nämlichen Grundsätze befolgen die Gesetze auch bey der Prästation der Vermächtnisse und Fideicommisse. Hierher gehört *L.* 108. §. 12. *D. de Legat. I.* Cum quid tibi legatum fideive tuae commissum sit, ut mihi restituas: siquidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere, existimavit. Sicut in contractibus bonae fidei servatur, ut siquidem *utriusque contrahentis commodum* versetur, etiam *culpa;* sin *unius solius*, *dolus malus* tantummodo praestetur. Nach diesem Gesetz soll also der **Vortheil** des Beschwerten den Grad des Versehens bestimmen, für welchen derselbe zu haften hat. In Ansehung des **Erben** ist es zweifelhaft, für welchen Grad der Fahrlässigkeit er den Vermächtnißnehmern verantwortlich sey. *L.* 47. §. 5. *D. de legat. I.* sagt, der Erbe solle nicht nur culpam levem, sondern auch *diligentiam* prästiren, welches man von der culpa levissima versteht; und VOET in Comm. ad Pandect. Tom. II. Tit. de Legatis §. 50. giebt davon den Grund an: quia hoc totum negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, inter testatorem et heredem agi creditur, §. 10. *I. de testam. ordinandis*, adeoque in dispositione

ein Theil aus dem Contracte Vortheil, der andere aber hat nichts als Beschwerde davon, so ist wieder darauf zu sehen, ob der Nutzen auf Seiten desjenigen ist, welcher die Sache vermöge des Contracts dem andern gegeben hat, oder ob der Vortheil auf Seiten des Empfängers ist. Im ersten Falle wird der Empfänger nur wegen einer culpa lata verbindlich, dahingegen der andere, der die Sache gegeben, und den Vortheil allein hat, für die geringste Nachläßigkeit haften muß. Dieß ist der gewöhnliche Fall

Z 2 beym

ne testatoris *principaliter vertitur heredis utilitas.* Allein WEHRN in doctr. iuris cit. Cap. IV. §. 27. Not. 4. pag. 180. will unter dem Worte *diligentia* die culpam levem *in abstracto* verstehen, hingegen die in der L. genannte *culpa levis* erklärt er von der culpa levi *in concreto.* Ich kann mich jedoch von der Richtigkeit dieser Erklärung nicht überzeugen. Denn offenbar soll hier *diligentia* einen geringern Grad der Fahrläßigkeit anzeigen, als die culpa levis, nun aber kann die Culpa *in concreto* zuweilen eine culpa levissima in abstracto seyn, wie oben S. 337. bemerkt worden ist. Die meisten Rechtsgelehrten stimmen daher für jene erste Erklärung. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XIII. Tit. 6. §. 40. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 20. §. 14. WAECHTLER cit. Commentat. Cap. XIV. §. 81. RITTERSHUSIUS in Comm. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XV. pag. 204. Pet. BELOIUS Varior. iuris civ. Lib. II. Cap. 9. nr. 7. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 693.) *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 779. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 783. Es fehlt indessen nicht an Gesetzen, in welchen gesagt wird, daß der Erbe wegen der Prästation der Vermächtnisse nur für den Dolus hafte z. B. *L.* 32. §. 5. *D. de Legat. II.* oder wo nur der Culpa schlechthin gedacht wird. S. *L.* 26. §. 1. und *L.* 114. §. *ult. D. de Legat. I.*

beym Depositum[72]), insofern sich nicht etwa der Depositar zur Hinterlegung selbst angeboten hätte, weil er alsdann für das geringste Versehen verantwortlich wird, welches hätte verhütet werden können[73]). Ist der Vortheil auf Seiten des Empfängers, so ist wieder zu unterscheiden, ob demselben die Sache zu einem unbestimmten, und blos von der Willkühr des Gebers abhängigen Gebrauch eingeräumt worden, oder ob sie ihm zu einem bestimmten Gebrauch geliehen worden ist. Im leztern Falle muß der Commodatar für das geringste Versehen haften, dahingegen der Leiher nur für ein grobes Versehen verant-

72) §. 3. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.* *L.* 5. §. 2. *D. Commodati.* *L.* 1. §. 8. 10. *et ult. D. depositi.*

73) *L.* 1. §. 35. *D. depositi:* Sed et si se quis *deposito obtulit*, idem IULIANUS scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, *sed etiam culpam et custodiam praestet*, non tamen casus fortuitos. Man schränkt dies jedoch insgemein nur auf den Fall ein, wenn der Depositar sich einem andern vorgedrungen hat, welcher mit mehrerer Sorgfalt die Sachen aufbewahrt haben würde. S. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iuris Cap. XI. §. 12. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 501.) WEHRN doctrina iuris cit. Cap. III. §. 7. pag. 69. sqq Ausserdem will man behaupten, daß der Depositar, welcher sich angeboten, nur culpam levem prästire. *Cap.* 2. *X. de deposito.* S. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XVI. Tit. III. §. 31. MÜLLER ad STRUVIUM Exerc. XXI. §. 37. Not. I. pag. 1409. BERGER in Oecon. iuris Lib. III. Tit. II. § 13. Not. 2. Allein mit mir stimmen überein VOET in Comm. ad Pandect. Lib. XVI. Tit. 3. §. 7. RITTERSHUSIUS in Comm. ad L. 23. D. de R. I. Cap. III. pag. 57. HUBER in Praelect. ab Institut. Tit. quib. mod. re contrah. obligat. §. 14. WAECHTLER cit. Comment. Cap. II. §. 5. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 759. nr. 3. u. a. m.

antwortlich bleibt, weil dieser gar keinen, erster aber allen Nutzen aus dem Contracte hat [74]). Im erstern Falle kommt es darauf an, ob der Schade vor der Zurückforderung geschehen ist, oder nachher. Ist ersteres, so ist der Inhaber den Schaden nur insofern zu ersetzen schuldig, als er solchen mit Vorsatz oder durch den höchsten Grad der Nachläßigkeit oder Unbesonnenheit verursacht hat [75]). Denn wenn gleich der Besitzer die ihm precario eingeräumte Sache ebenfalls unentgeldlich benutzt, wie der Commodatar, so muß doch erster immer gewärtig seyn, daß der Geber die zum Gebrauch eingeräumte Sache zurück fordert, welches ihm zu jeder Stunde freysteht [76]). Diese harte Bedingung ist hingegen beym Commodatum nicht, daher man sich erklären kann, warum der Commodatar für das kleinste Versehen,

74) *L.* 5. §. 2. *in fin. et* §. 4. *D. Commodati. L.* 61. §. 6. *D. de furt.* §. 2. *I. Quib mod. re contrah. obligat. L.* 1. §. 4. *D. de Obligat. et actionib.* wo es heißt: »Is vero, qui utendum accepit, si maiore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, (veluti incendio, ruina, naufragio) rem, quam accepit, amiserit, securus est: alias tamen *exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur*: nec sufficit ei, eadem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, *si alius diligentior custodire potuit.* S. WEHRN cit. Doctr. iur. Cap. IV. §. 26.

75) *L.* 8. §. 3. *D. de precario.*

76) Hierauf zielen unstreitig die Worte der angeführten *L.* 8. §. 3. *D. de precario*: Nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit; *cum totum hoc ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit*, et satis sit, si dolus tantum praestetur. Culpam tamen dolo proximam contineri, quis merito dixerit S. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap XII. §. 15. und Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 107.

der Besitzer des Precariums aber nur für grobe Fahrlässigkeit haftet [77]). Sobald jedoch der Eigenthümer das Precarium zurückfordert, muß der Empfänger, wenn er die Zurückgabe desselben verzögert, jeden Schaden ersetzen, woran derselbe auf irgend eine Art Schuld ist [78]), wenn er auch nur durch ein ganz geringes Versehen verursacht worden; ja er muß sogar für die Unglücksfälle stehen, welche der Sache bey dem Eigenthümer nicht zugestoßen wären [79]).

Hat

77) Einen andern Grund will THOMASIUS in Diss. de culparum praestatione in contractibus Cap. I. §. 51. aus dem Geist des prätorischen Rechts herleiten. *Nam quoties Praetor solus*, sagt er, *in negotio, quod ius civile penitus neglexit, obligationem introduxit, is sufficere putavit, si dolum saltem coerceret.* L. 1. §. 1. D. Si mensor fals. mod. dix. *Hinc et in praecario, etsi solius accipientis sit utilitas, tamen dolus tantum praestatur, quia nec ibi ulla iuris civilis est actio. L. 14. D. de praecar. L. 14. §. 11.* D. de furtis. Allein es findet ja ausser dem Interdict auch eine actio civilis incerti s. praescriptis verbis statt? *L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. D. de praecario.* Man muß also annehmen, daß das Interdict älter ist, und die *actio praescriptis verbis* anfänglich bey dem Precarium nicht gebraucht worden, wie auch Westphal in dem angef. System §. 111. mit Cujaz behauptet. Man sehe indessen Hugo's civilistisches Magazin 1. Bandes 4. Heft S. 473. ff.

78) *L. 14. §. 11. D. de Furtis.*

79) *L. 8. §. 6. D. de precario.* Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam duntaxat, caetera non venire. Plane *post interdictum editum* oportebit et *dolum* et *culpam* et *omnem causam* venire. *Non ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere.* S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. Cap. 29. (in *Thes. Meermann.* T. IV pag. 58. sq.) Westphal a. a. O. §. 115.

Hat man sich hingegen zur Leistung eines Factums verbindlich gemacht, so ist zu unterscheiden, ob man sich selbst ohne Auftrag dem fremden Geschäft unterzogen hat, oder ob uns die Besorgung desselben aufgetragen worden ist. In jenem Fall ist man für eine jede Schuld, die uns beygemessen werden kann, sey es auch die kleinste, verantwortlich [80]), insofern nicht etwa die Einmischung in fremde Angelegenheiten zur Rettung des Vermögens unsers Freundes in einem dringenden Nothfalle geschehen ist, denn alsdann kann man von uns nur die Vertretung des Betrugs oder eines demselben ähnlichen Versehens verlangen [81]). Im erstern Falle hat man entweder ein Geschäft übernommen, welches, seiner Natur nach, eine vorzügliche Sorgfalt erfordert, oder sonst besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzt; oder es erfordert nur gemeine Kenntnisse und einen gewöhnlichen Fleiß. In jenem Falle muß bey Erfüllung der übernomme-

 nen

80) §. 1. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nascunt. L.* 2. *L.* 32. *pr. L.* 37. §. 1. *D. de negot. gest. L.* 53. §. 3. *D. de furt. L.* 23. *D. de Reg. iur. L.* 24. *Cod. de Usuris.* S. VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. III. Tit. V. §. 4. PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iuris. Cap. XV. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 511.) Es sind zwar mehrere Rechtsgelehrten anderer Meinung, welche die angeführten Gesetze nur von dem Falle erklären wollen, wenn ein anderer, welcher das Geschäft sorgfältiger ausgeführt haben würde, davon ausgeschlossen worden sey. Man sehe z. B. WEHRN cit. doctrin. iuris §. 7. Es scheint auch die *L.* 20. *Cod. de negot. gest.* diese Meinung zu begünstigen, nach welcher derjenige, qui citra mandatum negotium alienum sponte gerit, nur culpam latam et levem prästiren soll; ich werde jedoch davon an einem andern Orte (§. 422.) ausführlicher handeln.

81) *L.* 3. §. 9. *D. de negot. gest.*

nen Verbindlichkeit, insofern dieselbe in den Civilgesetzen gegründet ist, auch das geringste Versehen vertreten werden[82]). Z. B. wer die Führung eines Processes übernimmt[83]), oder zum Transport einer sehr zerbrechlichen Waare sich verdingt[84]), muß die äusserste Vorsicht anwenden, oder im Unterlassungsfalle allen daraus entstehenden Schaden ersetzen[85]). Dahingegen ist der Sach- und Kunstverständige, wenn wegen der von ihm übernommenen Verbindlichkeit nur eine prätorische Klage gegen denselben Statt findet, für den Schaden anders nicht verantwortlich, als wenn er solchen mit Vorsatz oder durch eine grobe Fahrläßigkeit verursacht hat[86]). Erfordert aber das übernommene Geschäft nur gemei-

82) *Lud. God.* MADIHN in Princip. iur. Rom. P. I. Theor. gen. Sect. III. Cap. I. §. 101. nr. 1.

83) *L.* 13. *Cod. Mandati.*

84) *L.* 25. §. 7. *D. Locati. conducti.* L. 13. §. 5. *D. eod.* *L.* 137. §. 3. *D. de Verb. Obligat.* S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. Cap. 32. §. ult. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 62.)

85) Höpfners Commentar §. 759. nr. 4.

86) Dieß ist der Fall bey den Feldmessern, welche nur für den Dolus und die gröbste Fahrläßigkeit haften. Visum est enim, sagt Ulpian in der *L.* 1. §. 1. *D. Si mensor fals. mod. dix.* satis abundeque coerceri *mensorem*, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, *qui civiliter obligatus non est.* Proinde, si *imperite* versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed et si *negligenter*, aeque mensor securus erit; *lata culpa plane dolo comparabitur.* Ein anders Beyspiel von Proxeneten giebt *L.* 2. *D. de proxeneticis.* Auch diese sind nur wegen des Dolus und der latae culpae verantwortlich. Neque enim *mandati*, nec *ex locato conducto* erit actio. Sed si do-

gemeine Kenntnisse und einen gewöhnlichen Fleiß, so habe ich mich entweder dazu gedrungen, und einen andern ausgeschlossen, oder ich habe mich nicht freywillig dazu angeboten. Im erstern Falle muß ich culpam levissimam prästiren. Z. B. wenn ich mich zu einer Vormundschaft gedrungen, oder unter mehreren Vormündern die Administration allein freywillig übernommen habe, so bin ich für das kleinste Versehen verantwortlich[87]). Im letztern Falle hingegen habe ich entweder die Verrichtung des Geschäfts für einen ausgedungenen Lohn übernommen; oder ich leiste es umsonst. Im ersten Falle stehe ich nur für ein mäßiges Versehen (§. 1054.). Im letztern aber unterscheiden die römischen Gesetze wieder, ob das übernommene Geschäft ein solches ist, welches man zu übernehmen verbunden war, und dem man sich also ohne rechtmäßige Entschuldigungsursache nicht entziehen konnte, wie z. B. eine Vormundschaft; oder ob man keine Verbindlichkeit auf sich hatte, das aufgetragene Geschäft zu übernehmen, sondern solches freywillig übernommen hat. Im erstern Falle prästire ich nur culpam le-

 vem;

si dolo et calliditate creditorem circumvenerit Proxeneta; *de dolo actione* tenebitur. S. *Hier. Frid.* SCHORCH Diss. de proxenetis. *Erf.* 1766. §. 7. und *Christ. Gottl.* RICCIUS in Exercit. iur. cambialis duodecima de proxenetis cambiorum et mercium. *Goett.* 1781. §. 46. In Absicht auf das heutige Recht ist jedoch *Conr. Otto* LUEHRSEN in Diss. de proxenetis publicis ex iure germanico, praesertim Hamburgensi spectatis. *Goetting.* 1795. Sect. V. §. 28. anderer Meinung. Ein mehreres davon ad §. 2156.

87) *L.* 53. §. 3. *D. de furtis.* Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 942.

vem[88]); dahingegen muß ich in dem letztern Falle bey Verrichtung des übernommenen Geschäfts die möglichste Vorsichtigkeit anwenden, und also für das geringste Versehen haften[89]). Daß die römischen Gesetze mit einem solchen, der eines andern Geschäfte aus Freundschaft und umsonst verrichtet, härter verfahren, als mit dem, der sich für seine Mühwaltung einen Lohn bezahlen läßt, ist freylich mit der sonst so billigen Verordnung derselben, daß Niemanden seine Gefälligkeit zum Nachtheil gereichen solle[90]), schwerlich zu vereinigen. Vielleicht hielt man es ehemals für eine besondere Ehre, von einem römischen Bürger zum Bevollmächtigten bestellt zu werden, weil man den für einen vorzüglich

88) *L.* 10. *D. de administrat. et peric. tutor. L.* 33. *pr. D. eodem. L.* 7. *Cod. arbitrium tut.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XVI. §. 10. et 11. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 515.)

89) Dieß halte ich wenigstens nach Röm. Rechten für die richtigste Meinung. Man vergleiche *L.* 8. §. *ult. D. mandati. L.* 21. *Cod. eodem.* PROUSTEAU cit. Recitat. Cap. XIV. §. 20—30. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 34. §. 1. et Lib. II. Tract. IV. §. Procurator etc. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. p. 1. 2.) *Petr.* BELOJUS vatior. iur. civ. lib. II. cap. 9. nr. 6. VOET Comment. ad Pandect. Lib. XVII. Tit. I. §. 9. Heutiges Tages haftet jedoch ein Bevollmächtigter der Regel nach nur für eine culpam levem. S. Estors teutsche Rechtsgelahrtheit 2. Th. §. 4811. und besonders Reinhards Abhandlung von dem Vollmachtscontracte nach heutigen Rechten, in Desselben Sammlung jurist. philosoph. u. kritischer Aufsätze 1. Bandes 5. Stück. Nr. III. S. 337. ff. Ich werde davon ad §. 954. ausführlicher handeln.

90) *L.* 29. *D. Ex quib. caus. maiores XXV. ann. L.* 61. §. 5. *D. de furtis.*

züglich geschickten und ehrlichen Mann zu halten pflegt, den man die Besorgung seiner Geschäfte aufträgt. Man erwartete also auch, daß er, diesem Zutrauen gemäß, sich auszeichnen werde. Doch davon zu seiner Zeit ein mehreres.

§. 324. e

I) Für was für eine Schuld haften die Erben desjenigen, der den Schaden verursacht hat? und II) wer muß den Beweis führen, wenn die Frage davon ist, ob durch eine Culpa des Verpflichteten die Erfüllung der Verbindlichkeit gehindert worden sey?

Es sind hier noch zwey Fragen zu erörtern übrig, worüber sehr gestritten wird. Die erste ist: Was die Erben für eine Culpa zu vertreten haben, wenn sie wegen einen von ihrem Erblasser verschuldeten Schadens belangt werden? Daß die Erben einen solchen Schaden, den ihr Erblasser mit Vorsatz oder durch eine culpam latam verursacht hat, aus dem Nachlaß, soweit derselbe zureicht, zu vergüten schuldig sind, ist allerdings entschiedenen Rechtens [91]). Allein nicht so ganz ausser allem Zweifel ist es, ob sie auch für eine culpam levem oder levissimam ihres Erblassers haften müssen? Die Erben der Vormünder und obrigkeitlichen Personen

91) *L. ult. §. 1. D. de fideiussor. et nominat. et heredib. tutor. et curator. L. 152. §. 3. et L. 157. §. ult. D. de Reg. iur. L. 12. L. 49. D. de obligat. et action. L. 4. D. de magistrat. conven. L. 2. C. eod. L. 1. Cod. de hered. tutor. L. 17. C. de negot. gest. L. 149. D. de Reg. iur. Cap. 5. X. de raptor. Cap. 3. X. de pignor. Cap. ult. X. de sepultur.* WEHRN in doctrina iuris explicatr. principior. damni praestandi Cap. IV. §. 38. et 39.

sonen sprechen wenigstens die Gesetze von diesem Vertretungsanspruche frey[92]). Ich glaube indessen nicht, daß sich aus diesen besondern Fällen eine allgemeine Regel herleiten läßt, wie Belojus[93]) dafür hält. Die Rechtsanalogie bringt wenigstens das Gegentheil mit sich. Denn durch den Tod des Verpflichteten wird die Natur der Verbindlichkeit nicht geändert[94]); und da der Erbe in alle Verbindlichkeiten des Verstorbenen succedirt, welche nicht ganz persönlich sind[95]), so muß derselbe freylich auch eben diejenige Schuld vertreten, für welche der Verstorbene verantwortlich gewesen wäre. Hierzu kommt, daß der Schade aus dem Nachlaß des Verstorbenen vergütet wird, und der Erbe, welcher blos de lucro captando certirt, doch gewiß weniger Begünstigung verdient, als der Beschädigte[96]). Ja es bestätigen selbst die Gesetze dieses nicht undeutlich. In heredem autem socii proponitur actio, sagt Ulpian[97]), ut bonam fidem praestet; und Paulus[98]) bestimmt dieses noch näher dahin: Et acti[99]) etiam

92) *L. 4. D. de magistrat. conven. L. 1. Cod. de heredib. tutor.*

93) Varior. iur. civ. Lib. II. cap. 9. in fin.

94) *L. 2. §. 2. D. de Verb. obligat.* Non enim ex persona heredum conditio obligationis immutatur.

95) *L. 59. L. 62. L. 120. L. 149. L. 177. pr. D. de Reg. iur.*

96) *L. 33. D. de Reg. iur. L. 63. §. 8. D. pro socio. L. un. §. 4. C. de cad. tollend.*

97) *L. 35. in fin. D. pro socio.*

98) *L. 36. D. eodem.*

99) Einige Rechtsgelehrten wollen statt acti vielmehr *defuncti* lesen, womit auch die Basilica übereinstimmen. S. *Nic.* CA-

THA-

etiam *culpam*, quae *is* praestaret, *in cujus locum successit*, licet socius non sit. Aus diesen Gründen wollen einige Rechtsgelehrten nicht einmal bey den Erben der Vormünder eine Ausnahme statt finden lassen[100]). Allein da die Gesetze ganz ausdrücklich verordnen, daß dieselben nur dann, wie ihr Erblasser, verurtheilt werden sollen, wenn die Klage gegen denselben bereits bey dessen Lebzeiten angestellet worden, oder der Erbe aus dem Schaden, welchen der Vormund dem Pupillen culpa levi gethan hat, Nutzen zu ziehen, oder einem Dritten dadurch einen Vortheil zuzuwenden gesucht hat, so hat es bey jener Ausnahme wohl unstreitig sein Bewenden[1]).

Die andere Frage ist: welchem der streitenden Theile die Beweisführung, in Ansehung der begangenen Fahrläßigkeit, obliege? Auch diese Frage ist sehr controvers. Einige legen diesen Beweis schlechthin dem Käufer auf[2]), andere hingegen behaupten, daß

THARINI Observation. libr. cap. 25. (in *Thes. I. Rom. Otton.* Tom. I. p. 491.

100) CUJACIUS lib, XIII. Observat. cap. 39 THOMASIUS in Diss. de culpa tutoris ab heredibus praestanda. *Halae* 1701. (in *Collect. Dissertat.* Tom. II. Nr. 51.) KERN Diss. de obligatione tutoris defuncti ex persona heredis haud minuta. *Goett.* 1782. und besonders WEHRN in doctrina cit. Cap. IV. §. 40.

1) *L.* 1. *C. de heredib. tutor.* sagt: Heredes tutorum, ob negligentiam, *quae non latae culpae comparari possit*, condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum, aut gratia praestitum sit. S. Höpfners Commentar §. 942. Not. 3.

2) WERNHER in Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 200. nr. 6. Quistorp in der Abh. ob ein Hausvater, in dessen Wohnung Feuer

daß er nie dem Kläger obliege, sondern jederzeit der Beklagte beweisen müsse, daß er ausser Schuld sey [3]). Allein nach der richtigern Meinung kommt es darauf an, ob der Kläger den Grund seiner Klage ausdrücklich darin gesetzt hat, daß der Schade durch den Beklagten Schuld geschehen sey, oder nicht, sondern nur überhaupt auf die Contractmäßige Zurückgabe der Sache seine Klage gerichtet hat. In dem erstern Falle liegt dem Kläger der Beweis der behaupteten Verschuldung unstreitig ob. Es folgt dieß schon aus dem allgemeinen Grundsatze, daß der Kläger den Grund der Klage beweißen müsse, wenn sich dieser auf abgeläugnete Thatsachen beziehet, insofern er nicht etwa eine Rechtsvermuthung für sich hat [4]). Diese streitet nun aber hier nicht für den Kläger, der seinen Gegner eines Versehens beschuldiget, sondern für den Beklagten, der die allgemeine gute Vermuthung, welche ein jeder für sich hat, eine Pflichtversäumung voraus zu setzen nicht gestattet [5]). Im letztern Falle hingegen, wenn der Beklagte seine Zuflucht zu der Einrede nimmt, daß die Sache ohne seine Schuld, durch

Feuer ausgekommen, bey verursachtem Schaden, den Mangel der Fahrläßigkeit beweisen müsse? (in Desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XIV.)

3) *Franc.* ALEF in Diss. de onere probandae culpae, actori nunquam incumbente; (in EIUS *diebus academ. s. opuscul.* Heidelbergae 1753. 4. Diss. XX. p. 565. sqq.)

4) *L.* 2. *L.* 18. §. 2. *D. et L.* 1. *et L.* 23. *Cod. de probat. L.* 4. *Cod. de edendo.*

5) *L.* 18. §. 1. *D. de probat. L.* 6. *Cod. de dolo malo. Henr.* COCCEJI Tr. de doli, culpae, et negligentiae praestationibus in quolibet negotio. Disp. III. §. 30.

durch einen blosen Unglücksfall, zu Grunde gegangen, oder beschädiget worden sey, so muß dieser den Beweis seiner Einrede ohne Zweifel führen. Nicht nur die Gesetze [6]) besagen dieses klar, sondern eben dieses bestätiget auch der Gerichtsgebrauch nach dem Zeugniß der bewährtesten Rechtsgelehrten [7]). Ein mehreres wird davon in der folgenden Lehre von der Prästation der Unglücksfälle gesagt werden.

§. 325.

Begriff vom *casus*, und verschiedene Eintheilung desselben.

Dem Dolus und der Culpa wird nun der Casus, Zufall oder Unglücksfall, entgegen gesetzt, von deren Prästation jetzt noch zu handeln ist. Man versteht unter dem Casus ein solches Ereigniß, welches entweder bey aller menschlichen Klugheit nicht vorauszusehen gewesen, oder wenn

6) *L. 5. Cod. de pignorat. act.* Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur, sed si culpae reus deprehenditur, *vel non probat manifestis rationibus, se perdidisse,* quanti debitoris interest, condemnari debet. *L. 9. §. 4. D. Locati* Imp. ANTONINUS ita rescripsit: *Si capras latrones citra tuam fraudem abegisse probari potest,* iudicio locati casum praestare non cogeris. Auch schon die allgemeine Regel, daß der Beklagte seine Exception erweisen müsse, *L. 19. pr. D. de probat.* bringt dieses mit sich.

7) S. VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. XIII. Tit. VII. § 5. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CLXXVI. Medit. 5. Georg Jacob Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht 2. Band. (Göttingen 1795. 8.) VI. Bemerk. S. 74. ff. und *Chr. Guil.* WEHRN in doctrina iuris explicatr principior. damni praestandi. Cap. IV. §. 20. pag. 158. sqq.

wenn solches auch vorhergesehen worden, dennoch durch menschliche Kräfte nicht abgewendet werden konnte [8]). Daß man einen gewissen Vorfall nicht vorausgesehen hat, kann an und für sich demselben noch nicht die Eigenschaft eines casus beylegen, sondern es wird dazu erfordert, daß man denselben auch nicht habe voraussehen können, ob man gleich alle nöthige Vorsicht und Klugheit angewendet hätte [9]). Es gehört aber auch nicht einmal zum Wesen eines Casus, daß man solchen nicht habe voraussehen können, genug wenn er von der Art ist, daß wenn auch solcher voraus zu sehen gewesen, dennoch nicht hat abgewendet werden können [10]). Z. B. Ueberschwemmungen bey Ländereyen, die am Ufer eines Flusses liegen, ist ein ganz gewöhnlicher Zufall. Mit Recht tadelt daher **Joseph Averanius** [11]) diejenigen, die sich, wie unser Verfasser, unter einen Casus nur eine unvermuthete Begebenheit vorstellen, welche man nicht abwenden kann, und es ist unstreitig zu übereilt, wenn **Lauterbach** [12]) die Eintheilung in vorhergesehene und nicht vor-

8) *Seb.* MEDICES de casibus fortuitis *Col.* 1596. 8. HEILSBERG de iure circa fortuita. *Francof.* 1695. BENZ de casu fortuito. *Argent.* 1651. ZIEGLER de eadem mat. *Vit.* 1667.

9) *L.* 2. §. 7. *D. de admin. rer. ad civitat. pertinent.* wo es heißt: fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest; und in der *L.* 11. §. 5. *D. de Minoribus* wird gesagt: Quod fato contingit, cuivis patrifamilias, quamvis diligentissimo, potest contingere. Add. *L.* 4. *C. de peric. tutor.*

10) Daher sagen die Gesetze: casus fortuitus est, cui humana infirmitas resistere non potest, *L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et action.* L. 15. §. 2. *D. Locati.*

11) Interpretat. iuris. L. II. Cap. XXVI. nr. 5. sqq.

12) in Collegio theor. pract. Pandect. Lib. XIII, Tit. VI. §. 44.

vorhergesehene Zufälle als ungegründet verwirft. Uebrigens kann ein casus entweder von einer Wirkung der Natur, wie z. B. Erdbeben, Viehsterben, Mißwachs, Wetterschaden u. dgl. [13]) oder von Handlungen der Menschen herrühren, wie z. B. Brand, Diebstahl, feindliche Verheerung, u. d. m. Es kann ferner der Casus entweder ein solcher seyn, mit welchem eine Culpa concurrirt, oder ein solcher, mit welchem keine Nachlässigkeit von Seiten des Verpflichteten verbunden ist. Im ersten Falle wird der casus ein *casus mixtus*, im letztern aber ein *casus merus* genennt [14]). Endlich können die Zufälle auch allerdings in gewöhnliche (*casus soliti*), ungewöhnliche (*insoliti*), und ganz ungewöhnliche (*insolitissimi*) eingetheilt werden. Denn wenn gleich mehrere Rechtsgehrten [15]) diese Eintheilung darum verwerffen wollen, weil alle Zufälle etwas ungewöhnliches mit sich führen, was von den Contrahenten nicht erwar-

13) Die Gesetze bezeichnen dergleichen Unglücksfälle, die von einer unabwendbaren Wirkung der Natur herrühren, mit den Ausdrücken: vis maior, vis naturalis; vis divina, fatum *L. 25. §. 6. L. 33. in fin. L. 59. D. Locati. L. 11. §. 5. D. de Minorib. L. 24. §. 4. D. de. damno inf.*

14) Beyspiele vom casu mixto, cui culpa praecessit, geben *L. 17. pr. L. 36. §. 1. D. de rei vindicat. L. 18. pr. D. commodati.* Westphals System des Röm. Rechts über die Arten der Sachen rc. §. 934. S. 723.

15) MÜLLER ad STRUVIUM Exerc. XIX. Th. 44. Not. *δ.* STRYK in Tract. de iure sensuum Diss. X. Cap. VII. nr. 34. Carl Gottfr. von Winkler in der rechtl. Abhandlung von Kriegsschäden der Pächter und Miethleute. (Leipzig 1796 8.) 1. Abschn. 2. Hptst. Nr. 10. folgg. S. 35. ff.

erwartet worden ist; so haben doch schon andere [16]) hinlänglich dargethan, daß dieselbe in der Natur der Sache ihren guten Grund habe. Denn wenn gleich freylich Unglücksfälle in Vergleichung mit dem, was täglich und gewöhnlich geschiehet, etwas ungewöhnliches sind; so ist doch nicht zu läugnen, daß wenn man die Zufälle unter sich selbst vergleicht, einer sich seltener zutragen kann, als der andere, folglich der eine gewöhnlicher, der andere ungewöhnlicher seyn kann. So z. B. ist es etwas gewöhnliches, daß der schlechten Witterung wegen ein Mißwachs entsteht. Ungewöhnlicher aber ist es, daß die Früchte durch einen ausserordentlichen Schnee im May oder Junius oder durch Mäusefraß verdorben werden, oder daß eine Sache durch Brand zu Grunde geht. Erdbeben und Wolkenbrüche hingegen gehören zu den ganz ungewöhnlichen Zufällen [17]). Es kommt freylich hierbey sehr viel auf die Beschaffenheit des Orts, desgleichen auf Zeitumstände und sonstigen Verhält-

16) Man vergleiche *Ios.* AVERANIUS in Interpretat iuris Lib II. cap. 26. nr. 17. sqq. *Io. Casp.* LECKEN Diss. de imputatione casuum solitorum, insolitorum et insolitissimorum. *Duisb. 1715.* *Ev.* OTTO Diss. de praestatione casuum solitorum, insolitorum et insolitissimorum. *Traj. ad Rhen. 1723.* (in EIUS *Dissert. iur. publ. et privati.* P. I. Nr 6. Strubens rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 46. S. 177. f. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. I. §. 174.

17) Einige zählen auch den Krieg unter die casus insolitissimos, S. von Winkler a. a. O. Nr. 18. S. 37. und Nr. 28 ff. S. 40. Allein die meisten rechnen Kriegsschäden nur unter die ungewöhnlichen Unglücksfälle. S. Struben a. a. O. S. 177. f. und PUFENDORF in Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 78. §. 5.

hältnisse an, aus diesen muß beurtheilt werden, ob ein gewisser Zufall mit einiger Wahrscheinlichkeit hat vorausgesehen werden können, oder ob man auch nicht die entfernteste Ahndung davon gehabt habe; welches billig dem Ermessen des Richters zu überlassen ist[18]. Daß jedoch unter die allerungewöhnlichsten Zufälle nur diejenigen zu zählen, welche sich alle tausend Jahr nur einmal zutragen, wie Bartolus behaupten will, ist ganz ungegründet, indem, wie Struben[19]) ganz richtig dagegen erinnert hat, schon genug ist, wenn sich ein gewisser Zufall an dem Orte, wovon die Frage ist, so selten ereignet, daß man ihn zu fürchten, keine Ursache hat. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß das Wort *periculum*, Gefahr, in der Sprache der Gesetze ebenfalls nichts anders, als den Unglücksfall selbst nebst dem dadurch verursachten Schaden bedeute[20]); es geschiehet daher nur im uneigentlichen Verstande, wenn die Gesetze zuweilen zwischen periculum und casus furtuiti unterscheiden, und unter dem ersten die Prästation der culpae levissimae

18) MENOCHIUS de arbitrar. iudicum quaestionib. Lib. II. cap. 80. nr. 8. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. IV. Observ. 589. nr. 1. pag. 377.

19) a. a. O. S. 178.

20) *L. 4. D. de naut. foen. L. 9. §. fin. L. 11. fr. D. de reb. cred. L. 5. §. 14. L. 10. §. 1. D. commod. L. 57. §. 6. D. ad SCt. Trebell. L. 1. pr. L. 14. D. de peric. et comm. rei vend. §. 3. I. de emt. vendit. L. 1. C. de commodato* S. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XIII. Tit. VI. §. 45. und von Winkler in der Abhandl. von Kriegsschäden 1. Absch. 2. Hptst. Nr. 22. ff. S. 38.

verstehen[21]), wie auch schon Johann D'Avezan[22]) bemerkt hat.

§. 326. a

I) Wer trägt den Unglücksfall?

Es kommt nun in der Lehre von der **Prästation der Unglücksfälle**[23]) auf zwey Fragen an: I) **Wen trift der Schade, welcher durch einen Unglücksfall verursacht worden ist,** (quis casum sentit? II) **Wer ist verbunden, diesen Schaden zu ersetzen,** (quis casum praestare tenetur)?

In Absicht auf die erstere Frage kommt es darauf an, ob ein **Factum** versprochen worden, dessen Leistung ein Zufall gehindert hat, oder eine **Sache**. In dem erstern Falle sagt unser Verfasser, die Verbindlichkeit zur Leistung des Factums falle weg. Allein damit ist die Frage, wer eigentlich in diesem Falle den casum trage, eben so wenig entschieden, als wenn andere sagen, daß denjenigen der Casus tref-

21) *L.* 3. §. 1. *L.* 4. *D. Nantae caup. et stabul. L.* 1. §. 35. *D. depositi. L.* 40. *D. locati.*

22) Contractuum Lib. I. cap. 24. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 51.

23) Diese Materie haben vorzüglich abgehandelt *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER in select. observat. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 214. *Io. Gottl. de* HACKEMANN Diss de praestatione casus. *Frfti 1746. Christ. Henr.* BREUNING Diss. de casus praestatione. *Lips. 1768. Io. Aug.* REICHARDT Diss. de casu obligationem tollente. *Ienae* 1767. und besonders *Io. Christ.* BRANDENBURG Spec. iurid, sistens principia quaedam generalia de damno casuali eiusque praestatione. *Goettingae* 1793.

treffe, in dessen Person er sich zuträgt[24]). Denn man nehme den Fall an, daß ich mich verbindlich gemacht hätte, ein gewisses Factum dem andern umsonst zu leisten, und eine Krankheit hinderte mich, mein Versprechen zu erfüllen; wird hier nicht der Casus, der sich in meiner Person zuträgt, vielmehr den andern treffen, welchem das Factum versprochen worden, als mich, der ich hierdurch von meiner Verbindlichkeit frey werde? Richtiger wäre also die Regel so zu fassen: **Wenn die Leistung eines versprochenen Factums durch Zufall gehindert wird, so muß jeder Contrahent den Schaden tragen, der hierdurch einen Vortheil verliert, welchen er vermöge des geschlossenen Contracts mit vollkommenem Rechte erwarten könnte**[25]). Nach dieser Regel wird also 1) derjenige allemal einen Schaden leiden, dem das Factum geleistet werden sollte, der Casus mag sich in seiner eigenen oder in der Person des andern ereignen, der das Factum versprochen hatte, weil der Unglücksfall die Verbindlichkeit, das Factum zu leisten, aufhebt[26]); folglich der Promissar nun des Vortheils beraubt wird, den er mit Recht erwarten konnte. Er wird überdem den vollen Lohn bezahlen müssen, den er für die Leistung des Factums versprochen hat, wenn ein ihn selbst betroffener Unglücksfall den gedungenen Arbei-

24) *Gottfr.* STRAUSS Diss. de casu facienti nocivo *Vitemb.* 1704. *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iuris civ. §. 393. pag. 509. *Lud. Godofr.* MADIHN Princip. iur. Rom. P. I. Theor. gen. §. 104. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 761.

25) BRANDENBURG cit. Specim. de damno casuali eiusque praestatione. Cap. I. Sect. II. §. 21.

26) *L.* 185. *D. de Reg. iuris.* REICHARDT cit. Diss. de casu obligationem tollente §. 4.

Arbeiter hinderte, seine Dienste zu verrichten[27]). Dahingegen kommt es 2) in Ansehung desjenigen, der sich zu Leistung des Factums verbindlich gemacht hatte, darauf an, ob er solches vermöge des eingegangenen Contracts unentgeldlich zu leisten verbunden war, oder nicht. Im ersten Falle leidet der Promittent gar keinen Schaden, der durch den casum von der Erfüllung seiner Verbindlichkeit frey wird, insofern er durch die Besorgung des übernommenen Ge-

27) *L.* 38. *D. locati cond.* Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Bey den unbenannten Contracten konnte jedoch, wenigstens nach der Theorie des Röm. Rechts, das nämliche wohl nicht statt finden, weil hier nur die Erfüllung des Contracts ein Klagerecht gab. BRANDENBURG cit. Specim. §. 23. in fin. Zwar sollten nach der *L.* 4. *D. de officio assessorum* und der *L.* 19. §. 10. *D. locati* die comites eines kaiserlichen Gouverneurs, wenn dieser starb, ehe das Jahr um war, die ganze Besoldung erhalten. Allein daraus läßt sich keine allgemeine Regel herleiten, denn das hatte seinen besondern Grund. Die Assessores oder Comites eines Legati Caesaris durften nie aus der Provinz gewählt werden, welche dem kaiserlichen Gouverneur war anvertrauet worden, sondern mußten Ausländer seyn, um alle Partheylichkeit zu verhüten. SPARTIANUS in vita Pescennii Nigri Cap. 7. *L.* 10. *Cod. de adsessor. Io. Diet. van* LEEUWEN Diss. de iuris studiosis. Part. I. Cap. II. §. 6. sqq. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 368. sqq.) Es war also billig, daß man dem Comes die ganze Besoldung ließ, damit er, wenn der Gouverneur bald starb, doch wenigstens eine Vergütung seiner gehabten Reisekosten erhielt. S. *Ian. a* COSTA Praelection. ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iur. civ. (*Lugd. Batav.* 1773. 4.) pag. 4. Allein heutzutage wird hier eben das Rechtens seyn, was vom Miethcontracte gilt. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht u. Miethcontract. §. 1001.

Geschäfts gar keinen Vortheil zu erwarten hatte, wie solches der Fall bey der Bevollmächtigung ist. Im andern Falle hingegen, wenn derjenige, dem das Factum versprochen worden, sich gegenseitig zu einer Prästation verpflichtet hatte, ist wieder ein Unterschied zu machen, ob die Verbindlichkeit zur Leistung des Factums durch einen benannten Contract, nämlich durch eine locationem conductionem operarum, oder durch einen contractum innominatum übernommen worden. In jenem Falle hat die Regel: casum sentire debet is, in cuius persona ille contingit, in Ansehung des für die versprochenen Dienste zu zahlenden Lohns ihre unstreitige Richtigkeit. Denn wenn derjenige, der seine Dienste vermiethet hatte, durch Krankheit oder einen andern Unglücksfall gehindert wird, die versprochenen Dienste zu leisten, so kann er nur nach Verhältniß dessen, was er gearbeitet hat, den bedungenen Lohn fordern, und hat er noch gar keine Dienste geleistet, so fällt die Verbindlichkeit, den versprochenen Lohn zu zahlen, auf Seiten des coductoris ganz weg [28]). In dem letztern

28) *L.* 15. §. 6. *D. locati cond.* VOET in Comment. ad Pand. L. XIX. Tit. II. §. 27. Es ist zwar LEYSER Specim. CCXII. Meditat. 5. anderer Meinung: allein Struben in den rechtlichen Bedenken Th. III. Bed. 69. S. 184. hat ihn gründlich widerlegt. Es wird indessen, wie Hr. Prof. Weber in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 102. S. 484. sehr richtig bemerkt, ein solcher Fall vorausgesetzt, da die Krankheit des Bedienten so anhaltend ist, daß der Dienstherr eine beträchtliche Zeit hindurch oder gänzlich der Dienste hat entbehren müssen. Denn einer jeden nicht lange daurenden Behinderung wegen, sogleich den Lohn zu kürzen, würde nicht nur hart, sondern den Gesetzen selbst zuwider seyn. *L.* 27. *pr. D. locati cond.*

Falle aber, da die Verbindlichkeit, Dienste zu leisten, aus einem contractu innominato entspringt, kann zwar, wenn ein casus die Leistung derselben gehindert hat, nach dem Römischen Rechte die dafür schon vorausgegebene Belohnung ex capite poenitentiae zurückgefordert werden [29]; allein da heut zu Tage bey den contractibus innominatis ein solches Reurecht nicht mehr statt findet (§. 313. S. 294.); so scheint die Zurückforderung aus Gründen der Billigkeit, die die Römer selbst in verschiedenen Fällen anerkannten [30], nach heutigen Rechten wegzufallen. Dieses behaupten auch wirklich mehrere heutige Rechtsgelehrten [31]. Nach dieser Meinung würde also der Schade auf Seiten desjenigen seyn, dem das Factum geleistet werden sollte, wenn gleich der Casus sich in der Person des promissoris zugetragen hätte [32]).

Allein

29) *L. 5. pr. D. de condict. causa dat. caus. non secuta* sagt: Si pecuniam ideo acceperis, ut Capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum conditio temporis, vel valetudinis impedimento fuerit, quominus proficiscereris: an condici possit, videndum? Et, cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare. Sed *cum liceat poenitere ei, qui dedit*, procul dubio repetitur id, quod datum est.

30) So z. B. heißt es in der *L.* 38. §. 1. *D. locati.* Advocati quoque, si per eos non steterit. quominus causam agant, honoraria reddere non debent, und *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* sagt: Divus SEVERUS ab heredibus advocati, mortuo eo, prohibuit mercedem repetere: *quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret.*

31) S. COCCEJI ius civ. controv. Lib XII. Tit. IV. Qu. 6. und BRANDENBURG cit. Specim. Cap. I. Sect. II. §. 23.

32) *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad L. 5. pr. D. de condict. caus. data caus. non secuta (*Partis III. Pandectar Tom. I.*

pag.

Allein ob diese auch wirklich mit der Billigkeit, und der Natur eines Bilateralvertrags übereinstimmt, ist eine Frage, die von andern nicht ohne Grund verneinet wird[33]). Die natürliche Billigkeit leidet nicht, sich mit des andern Schaden zu bereichern. Würde dieses aber nicht geschehen, wenn derjenige, welcher Geld zu einem gewissen Zweck gegeben hat, solches verlieren sollte, ohne daß dieser Endzweck erfüllt worden ist? Sodann lehrt ja die Natur eines zweyseitigen Vertrags, daß das Versprechen von jeder Seite blos bedingt ist. Giebt man also etwas vermöge eines

pag. 238.) will sogar behaupten, daß selbst nach Römischen Rechten die condictio causa data causa non secuta wegfalle, wenn derjenige, welcher Geld bekommen, um dafür ein gewisses Factum zu leisten, ohne seine Schuld, durch einen bösen Zufall, verhindert worden, sein Versprechen zu erfüllen. Er glaubt die L. 5. sey vom Tribonian ganz interpolirt worden. Aecht hätten die Worte Ulpians so gelautet: Et cum per te non steterit, *dicendum est*, repetitionem cessare. Hingegen der Nachsatz: Sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetitur id, quod datum est etc. sey ein pures Emblem vom Tribonian. Allein *Io. Fernandez de* RETES Opusc. Lib. II. Sect. III. Cap. III. nr. 5—8. (in *Thes. Meermannian.* Tom. VI. pag. 149.) hat diese unnütze Critic hinlänglich widerlegt.

33) Man sehe *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. VII. in Append. nr. 16. sqq. pag. 135. und besonders Reinhards Sammlung juristischer, philosophischer und kritischer Aufsätze 1. Bandes 3. Stück Nr. III. wo eine Abhandlung von der Verbindlichkeit aus einem zweyseitigen Contracte, wenn der eine Theil denselben zu erfüllen nicht im Stande ist; vorkommt, deren Fortsetzung im 4. Stück Nr. II. S. 234. folgt.

solchen Vertrags, so geschieht es unstreitig unter der Bedingung, daß er andere dagegen wieder etwas geben oder thun sollte. Erfolgt nun dieses von der andern Seite nicht, so fällt ja die Bedingung weg, unter welcher die Dation geschehen, folglich besitzt der andere das Empfangene jetzt sine causa, er mag Schuld daran seyn, daß die Bedingung unerfüllt bleibt, oder nicht. Wenn bey der Location der Dienste der Lohn voraus bezahlt worden, und ein Unglücksfall den Locator hindert, die versprochenen Dienste zu leisten, so kann der vorausbezahlte Lohn billig zurück gefordert werden [34]). Gewiß aus keinem andern Grunde, als weil der Locator die Bedingung des Contracts nicht erfüllt hat. Tritt nun nicht der nämliche Grund ein, wenn ich dem andern Geld für die Leistung eines solchen Factums gegeben habe, worüber zwar kein Miethcontract, sondern ein unbenannter Contract geschlossen worden ist, aus welchem ich aber doch eben so, wie aus einem Miethcontracte, unmittelbaren Nutzen hofte? Insonderheit aber kommt hier noch der Umstand in Betrachtung, daß die Worte Ulpians [35]): Et, cum per te non steterit, *potest dici*, repetitionem cessare, keine Entscheidung, sondern nur einen Zweifel enthalten, der etwa jemanden zur entgegengesetzten Meinung verleiten möchte, welche aber der Jurist sogleich verwirft, weil es nach der Natur der unbenannten Contracte auf diesen Umstand gar nicht ankam, ob der Empfänger des Geldes an der nicht erfolg-

34) *L.* 15. §. 6. *D. Locati cond.* in welcher Stelle die Redensart: *vecturam pro mutua accipere*, nichts anders heissen soll, als die Fracht voraus bezahlt erhalten. In eben diesem Sinne liest Haloander prae manu. S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht und Mieth-Contract §. 937.

35) cit. *L.* 5. *pr. D. de condict. caus. data.*

erfolgten Reise Schuld gewesen, oder nicht. Nun läßt sich aber wohl ein bloser Zweifelsgrund eines römischen Juristen darum, weil dessen Entscheidungsgrund heutiges Tages wegfällt, noch keinesweges zum Entscheidungsgrunde für die entgegengesetzte Meinung annehmen, wenn diese der Billigkeit und der Natur eines zweyseitigen Vertrags offenbar zuwider ist [36]). So viel ist übrigens ausser allem Zweifel, daß wenn die für die Leistung des Facti versprochene Vergeltung nicht voraus bezahlt worden, auch, um solche zu erhalten, keine Klage Statt finde, wenn derjenige, welcher sich zur Leistung des Facti verpflichtet hat, durch einen Unglücksfall daran verhindert wird, weil dem Kläger die exceptio implementi non secuti entgegen stehen würde [37]). Eben so gewiß ist es auch, daß wenn derjenige, der das Factum versprach, schon zur Leistung desselben Anstalten gemacht, und Kosten darauf verwandt haben sollte, hernach aber doch durch Zufall an der nöthigen Ausführung verhindert wird, das dafür schon vorausgegebene Geld entweder gar nicht zurückgefordert werden dürfe, oder der promissor facti wenigstens soviel davon zurück behalten könne, als seine Kosten austragen, wie Ulpian selbst in dem angeführten Gesetz auch ganz richtig bemerkt hat [38]).

§. 326. b

36) Die oben angeführten *L.* 38. §. 1. *D. Locati*, und *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* enthalten offenbar eine Ausnahme zu Gunsten der Advocaten, wie de RETES Opusculor. L. II. Sect. II. Cap. VII. in append. nr. 19. pag. 135. ganz richtig bemerkt hat.

37) Man sehe, was davon oben §. 313. S. 290. gesagt worden ist.

38) *L.* 5. *pe. D. cit.* wo es heißt: Nam si ita res se habeat, ut licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut neces-

§. 326. b

Wer trägt den Schaden, wenn eine Sache durch Unglücksfall zu Grunde geht?

Ich komme nun auf den andern Fall, da nämlich eine Sache durch einen Zufall zu Grunde geht. Unser Verfasser macht hier nach der gewöhnlichen Lehrart einen Unterschied, ob man vermöge des Contracts schuldig war, diese Sache ihrem Eigenthümer zu restituiren, oder ob selbige von dem Eigenthümer ex contractu dominii translativo einem andern zu übergeben gewesen. Im erstern Falle sagt er, trage der Eigenthümer den Casus; in andern Falle aber derjenige, dem man die Sache zu übergeben schuldig war. Der Debitor speciei werde also durch den Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit befreyt [39]). Allein diese Regeln sind nicht hinreichend, um in jedem Falle richtig beurtheilen zu können, wer den Schaden tragen müsse, wenn eine gewisse Sache durch Zufall zu Grunde geht. Denn einmal läßt sich daraus nicht entscheiden, wer beym Darlehn den Casus trage. Sodann kann es Fälle geben, wo eine Sache verlohren geht, oder verunglückt, welche man weder zu restituiren, noch ex contractu dominii translativo dem andern zu geben schuldig war. Z. B. einem Miethmanne sind während seiner Abwesenheit ohne

necesse habeas proficisci, vel sumtus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit, te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit: sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit; ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius, quod expendisti.

39) Eben so *Lud. God.* MADIHN in Princip. iur. Rom. Part. I. §. 104.

ohne alle Schuld des Vermiethers eigene Sachen aus seinem verschlossenen Wohnzimmer entwendet worden. Auch wird es heissen, casum sentit dominus [40]). Endlich läßt sich auch nicht behaupten, daß in den Fällen, da man vermöge des Contracts verbunden ist, die Sache dem Eigenthümer zu restituiren, nur immer dieser allein den Schaden leide. Zwar verliert dieser freylich in jedem Falle sein Eigenthum, folglich das Recht, die Sache zurück zu fordern, dessen Ausübung durch den eingetretenen Unglücksfall unmöglich gemacht worden ist. Allein leidet nicht auch der Gläubiger, dem diese Sache zum Pfande gegeben, oder der Cammodatar, dem die Sache unentgeldlich geliehen war, durch diesen Zufall? Verliehrt nicht ersterer sein Sicherheitsrecht, und letzterer den Gebrauch der Sache? Jene Regeln bestimmen daher eigentlich nicht, wer den Schaden leidet, wenn eine Sache durch Zufall zu Grunde geht, sondern nur, wer das Recht verliert, diese Sache von dem andern zu fordern, oder zurück zu fordern. Erschöpfender ist also vielmehr folgende Regel: W e n n e i n e S a c h e d u r c h e i n e n C a s u s u m k o m m t, s o t r ä g t d e n d a d u r c h e n t s t a n d e n e n S c h a d e n e i n J e d e r, d e m i n A n s e h u n g d e r s e l b e n e i n R e c h t z u s t a n d, i n s o w e i t, a l s d a d u r c h d i e A u s ü b u n g d i e s e s R e c h t s u n m ö g l i c h o d e r f r u c h t l o s g e m a c h t w i r d [41]). Zu Folge dieser Regel wird nun also ein Unterschied zu machen seyn, ob, ausser dem Eigenthümer, sonst Niemand Rechte an der zu Grunde gegangenen Sache hatte, oder ob auch einem andern Rechte in Ansehung derselben zustanden. Im erstern

40) L. 12. *Cod. de locato et conducto.*

41) BRANDENBURG cit. Specim. Cap. I. Sect. I. §. 5.

erstern Falle trägt der Eigenthümer den Schaden allein, und hier findet also die Regel: *casum sentit dominus*, ihre vorzügliche Anwendung. In dem andern Falle hingegen, kommt es wieder darauf an, ob dem Dritten ein dingliches oder nur ein persönliches Recht in Ansehung der zu Grunde gegangenen Sache zustand. Im erstern Falle wird der Dritte nach Verschiedenheit des ihm an der Sache zuständigen Rechts eben so wohl, wie der Eigenthümer, unter dem Unglücksfalle leiden. Man stelle sich den Fall vor, der Dritte hätte ein emphyteutisches, oder ein Pfandrecht, oder ein Nutznießungsrecht an dem untergegangenen Grundstück gehabt. Denn alle diese Rechte erlöschen mit gänzlichem Untergange der Sache[42]). Wenn aber dem Dritten nur ein persönliches Recht in Ansehung der verunglückten Sache zustand, so ist wieder zu unterscheiden, ob eine Species den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, oder nicht. In jenem Falle kann die Verbindlichkeit entweder aus einem Contracte, oder aus einem andern rechtlichen Grunde entspringen. Ist ersteres, so hat man wieder darauf zu sehen, ob der Contract ein benannter oder ein unbenannter ist. Im erstern Falle kann der Contract entweder ein zweiseitiger oder ein einseitiger seyn. Ist das erstere, so war man entweder vermöge des Contracts schuldig, die durch einen Unglücksfall zu Grunde gegangene Sache dem andern eigenthümlich zu tradiren, oder man war schuldig, die Sache ihrem Eigenthümer dereinst zu restituiren. In jenem Falle verliert zwar der debi-

42) §. 3. *I. de locatione et conduct. L. 8. pr. D. Quib. mod. pignus vel hyp. solvitur. L. 5. §. 2. L. 10. §. 7. L. 24. et L. 31. D. Quib. mod. ususfr. amitt.*

debitor speciei das Eigenthum der Sache, welches ihm noch vor der Uebergabe zustand, allein auch den andern trift der Unglücksfall, dem die Sache tradirt werden solle, weil er sein Recht, die Sache von dem Eigenthümer zu fordern, verliert, und auch nicht deshalb auf das Interesse klagen kann[43]). Um jedoch die Wirkungen eines solchen Zufalls noch näher zu bestimmen, so ist zuförderst so viel gewiß, daß der debitor speciei von seiner Verbindlichkeit frey wird, wenn die Sache durch bloßen Zufall verloren geht[44]). Denn schon das Vernunftrecht lehrt, daß Niemand zu etwas unmöglichen verpflichtet ist; und in so weit hat also die Regel: *debitor speciei liberatur casuali rei interitu*, ihre vollkommene Richtigkeit[45]). Allein ob auch der andere Theil von seiner Verbindlichkeit frey werde, oder sein Versprechen dennoch erfüllen müsse, ohngeachtet ihm die Sache nicht geliefert worden, ist zweifelhaft. Nach dem Vernunftrechte würde er allerdings frey zu sprechen seyn. Denn es sind zwey ganz verschiedene Fragen: ob jemand von seiner Verbindlichkeit aus dem Contracte befreyet werde, wenn ein Zufall die Erfüllung derselben hindert, und ob der andere Theil schuldig sey, den Contract zu erfüllen? Nun folgt noch gar nicht, weil Titius, der mit dem Cajus einen Bilateralcontract geschlossen, ohne seine Schuld in die Unmöglichkeit gesetzt worden, denselben zu erfüllen, also kann er verlangen, daß wenigstens Cajus den Contract seiner Seits erfüllen solle.

43) S. COCCEJI ius civile controv. Lib. XVIII. Tit. VI. Qu. 2. BRANDENBURG cit. Specim. §. 10.

44) *L.* 5. §. 2. *D. de rescind. vendit.* Mortuo homine, perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset: utpote *cum venditor liberetur, et emtori homo pereat.*

45) *L.* 23. *D. de verbor. obligat. L. penult. D. de solution.*

solle. Die Vernunft lehrt ganz das Gegentheil [46]), und dieser vollkommen gemäß, hat auch Celsus entschieden, daß Geld und Waaren, welche zur Einbringung in eine Societät bestimmt sind, nicht ehender für Rechnung der Gesellschaft verloren gehen, als von dem Zeitpunkt an, da solche zur gemeinschaftlichen Casse oder Waarenlager wirklich eingebracht worden sind [47]). Es ist daher unstreitig eine ganz specielle Disposition der römischen Gesetze, die nur allein den Kaufcontract angeht, wenn dieselben verordnen, daß von dem Augenblicke an, da der Kauf zur Richtigkeit gekommen, Vortheil und Verlust der Sache auf den Käufer übergehe, und dieser also, wenn die Sache durch einen Zufall untergeht, dennoch das Kaufgeld zahlen müsse [48]). Hieraus erhellet, daß die Regel: *res perit ei, cui*

46) S. Reinhards Samml. juristischer philosoph. und kritischer Aufsätze 1. Bandes 3. Stück S. 170.

47) *L.* 58. §. 1. *D. pro socio.*

48) *L.* 7. *pr.* et *L.* 8. *pr. D. de peric. et commod. rei vend.* §. 3. *I. de emt. et vendit.* *L. ult. Cod. de peric. et comm. rei vendit.* Cujaz in Tract. VIII. ad *Africanum.* ad L. 33. D. Locati, und ad Libri XV. Digestor. *Salvii Iuliani* ad L. 80. de furtis, will zwar behaupten, daß auch selbst beym Kaufcontracte keine Ausnahme zu machen, und den Käufer vor der Uebergabe die Unglücksfälle nur insofern träfen, daß er kein Interesse von dem Verkäufer fordern könne, dagegen er jedoch auch kein Kaufgeld bezahlen dürfe, oder solches, wenn er es schon bezahlt hätte, zurückfordern könne. Allein die von mir vorhin angeführten Gesetzstellen widerlegen diese Meinung hinlänglich. Diesen ist auch die vom Cujaz angeführte *L.* 33. *D. Locati* nicht entgegen, welche von einer Confiscation des verkauften Grundstücks handelt, wodurch der ganze Kaufhandel rescindirt wurde, daher auch der Verkäufer das ihm schon voraus

cui debetur, nicht in jedem Falle anwendbar, sondern mit vieler Behutsamkeit zu gebrauchen sey. Im letztern Falle hingegen, wenn nämlich vermöge des eingegangenen Bilateralcontracts die Sache dem Eigenthümer zu restituiren gewesen, und diese durch einen Zufall umkommt; so trift zwar der Casus zunächst den Eigenthümer nach der Regel: *casum sentit dominus*[49]). Allein auch der andere Contrahent, der zur Restitution verpflichtet war, wird darunter leiden, insofern er durch den Untergang der Sache ein Recht oder einen Vortheil verliert, den er aus dem Contract ziehen konnte, und deßhalb keine Vergütung des Interesse verlangen kann. Er wird indessen durch den eingetretenen Unglücksfall von seiner Verbindlichkeit dergestalt befreyet, daß wenn er für den Gebrauch der Sache dem Eigenthümer ein Miethgeld versprochen hatte, er solches für die Zeit, da der Gebrauch weggefallen, nicht weiter bezah-

ausbezahlte Kaufgeld billig wieder herausgeben mußte. Man vergleiche *Vincent.* CABOTII Disputation. Lib. I. cap. 25. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 611. sq) *Ioan.* D'AVEZAN Contractuum Lib. II. Tract. I. (in *Thes. Meerm.* Tom. eod. pag. 95.) *Guil.* PROUSTEAU Recitation. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XVII. §. 11. sqq. (in *Thes. eod.* Tom. III. pag. 518.) *Bav.* VOORDA in Not. ad *Iani a* COSTA Praelection. ad illustriores quosdam titulos locaque selecta iuris civ. pag. 336. Not. d und Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth, und Erbzinscontract. §. 962. S. 726. ff.

49) Dieß ist z. B. der Fall beym Commodatum; §. 3. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.* L. 5. §. 4. L. 18. *in fin. D. commodati.* Ferner beym Depositum *L. 1. §. 35. D. depositi. L. 17. §. 1. D. eodem.* auch beym Pacht- und Miethcontract *L. 9. §. 2. 3. et 4. D. Locati.* Westphal a. a. O. §. 932.

bezahlen darf, oder das pro rata wieder zurück fordern kann, was er auf die Miethe schon bezahlt hatte [50]). Die oben aufgestellte Regel, daß bey Unglücksfällen jeder den Schaden tragen müsse, welcher dadurch eines Rechts beraubt wird, das ihm vor dem Untergange der Sache zustand, giebt ferner die Entscheidungsnorm, wenn man vermöge eines Unilateralcontracts dem andern eine gewisse Sache zu geben schuldig war, und diese durch einen Zufall zu Grunde gegangen ist [51]). Ich komme nun auf den Fall, wer bey unbenannten Contracten den Casum trage. Man hat hier vor allen Dingen darauf zu sehen, ob die schuldige Sache zu Grunde gegangen, ehe noch einer von beyden Theilen den Contract erfüllet hatte, oder nachdem schon die Convention durch die Erfüllung von Seiten des einen Paciscenten in einen Contract übergegangen war. Im erstern Falle wird zwar der debitor speciei von seiner Verbindlichkeit frey, allein er kann auch von dem andern die Erfüllung des Versprechens nicht verlangen; theils weil nach Römischen Rechten überhaupt die verbindliche Kraft bey den unbenannten Contracten erst aus der Erfüllung entstand, die von Seiten des einen erfolgt war, folglich in Ermangelung derselben auch kein Klagerecht statt finden konnte [52]); theils weil auch heutiges Tages der Klage die exceptio non

50) *L. 19. §. 6. L. 30. pr. et §. 1. L. 33. D. Locati.* Eine kleine Unbequemlichkeit, welche den *conductor* hindert, die Miethe vollkommen zu nutzen, kommt nicht in Betrachtung, und es darf deshalb von dem Miethgelde nichts abgezogen werden. *L. 27. pr. D. eodem.*

51) S. BRANDENBURG cit. Specim. §. 12.

52) *L. 1. §. 2. D. et L. 3. Cod. de rerum permutat.*

non securi implementi entgegen stehen würde [53]). Ich kann daher dem seel. Canzler Böhmer [54]) nicht beytreten, wenn dieser behaupten will, daß nach heutigen Rechten, wegen der allgemeinen Verbindlichkeit der Verträge, gegen den andern in dem bemerkten Falle dennoch auf die Erfüllung seines Versprechens geklagt werden dürfe. Denn die Analogie vom Kaufcontracte kann hier aus den oben angeführten Gründen nicht statt finden. Im letztern Falle hingegen ist wieder zu unterscheiden, ob die Erfüllung des Contracts durch Leistung eines Factums, oder durch Gebung einer Sache geschehen ist. Ist ersteres, so muß, wenn die dafür versprochene Sache ohne alle Schuld des debitoris durch bloßen Zufall zu Grunde geht, jener den Casum ohne Zweifel allein tragen. Denn einmahl tritt hier die bekannte Regel ein: quod factum infectum fieri nequeat [55]), und dann kann auch keine Interessenklage wider denjenigen Statt finden, den der Casus von aller Verbindlichkeit befreyt. Ist letzteres, und die Erfüllung des Contracts besteht in datione, so kommt es wieder darauf an, ob die gegebene Sache, oder ob diejenige, welche der andere dagegen zu geben schuldig war, durch Zufall verlohren gegangen ist. In jenem Falle trägt der Empfänger, als Eigenthümer, den Casum, der andere hingegen, der durch Gebung der Sache seiner Seits den Contract erfüllet hat, kann dennoch gegen den Empfänger mit der actione

53) MEVIUS Decision. Tom. II. Part. VIII. Decis. 316. et 317.

54) in Introduct. in ius Digestor. Lib. XIX. Tit. IV. §. 5.

55) HUBER in Praelect. iur. civ. ad Pandect. Lib. XII. Tit. IV. §. 2. WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Digestor. eod. Lib. et Tit. §. 5. BRANDENBURG cit. Specim. §. 13.

actione praescriptis verbis auf die Erfüllung des gegenseitigen Versprechens klagen [56]). In dem letztern Falle hingegen, wenn die dem andern versprochene Sache zu Grunde gegangen, so findet zwar gegen den Empfänger, wenn dieser ohne seine Schuld durch einen Zufall ausser Stand gesetzt worden ist, den Contract seiner Seits zu erfüllen, keine Klage wegen des Interesse statt, denn es findet auch hier die Regel ihre Anwendung: *debitor speciei liberatur casuali rei interitu;* und in so fern leidet der andere, dem die Sache gegeben werden sollte, allerdings unter diesem Zufall [57]). Allein so weit läßt sich doch dieses nicht ausdehnen, daß debitor speciei dasjenige, was er von dem andern auf den Contract erhalten, lucriren dürfe, wie einige Rechtsgelehrten [58]) behaupten, sondern es kann das Gegebene in diesem Falle, wegen der Nichterfüllung des Contracts, mit der condictione causa data, causa non secuta allerdings zurückgefordert werden [59]). Wenn

56) LAUTERBACH in collegio theor. pract. Pandectar. Lib. XIX. Tit. IV. §. 30. *de* COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XIX. Tit. IV. Quaest. 12. BRANDENBURG cit. Specim. §. 13. pag. 13. not. a.

57) LAUTERBACH cit. loc. §. 28.

58) *Vincent.* CABOTIUS Disputationum Libr. II. cap. 29. (in *Thes. Meermann.* Tom. IV. pag. 641.) *Ian. a* COSTA in Commentar. ad §. 3. I. de emt. vendit. LAUTERBACH cit. loc. §. 29. BOEHMER introduct. in ius Digestor. Lib. XII. Tit. IV. §. 5. *Lud. God.* MADIHN in Princip. iur. Rom. P. II. §. 235. REICHARDT in D. de casu obligationem tollente. §. 14. u. a. m.

59) Ganz entscheidend sagt die *L. ult. D. de condict. caus. dat. caus. non secuta.* Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Utrum id contractus genus pro portione (i. e. *specie*) emtionis et ven-

Wenn nun aber die Verbindlichkeit, dem andern eine gewisse Sache in specie zu geben, nicht aus einem Con-

venditionis est? an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati, re non secuta? In quod proclivior sum, et ideo, *si mortuus est Stichus, repetere possum: quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* Diesem Gesetz sind auch die *L.* 5. §. 1. *D. de praescript. verbis* und *L.* 10. *Cod. de condict. ob caus. dator.* gar nicht entgegen. Denn wenn die *L.* 5. §. 1. *cit.* sagt: Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes; so kann dieses nach der Analogie und dem ganzen Zusammenhange nicht anders als soviel heissen, daß die actio praescriptis verbis wegfalle, wenn der versprochene Sklave stirbt, ohne daß der Empfänger der Scyphorum daran Schuld ist, und daß deshalb von demselben kein Interesse gefordert werden kann, wie diese Stelle von den meisten und besten Auslegern erkläret wird. Man vergleiche *Lud.* CHARONDAE Scholia ad Tit. D. de verbor. obligationib. ad L. 23. (in *Thes. Iur. Rom. Ottonian.* Tom. I. pag. 818.) *Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. IV. nr. 4. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 96.) *Hugon.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XIV. Cap. 21. *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. IV. cap. 5. (in *Operib.* Tom. I. pag. 75.) POTHIER in Pandectis Iustinian. Tom. I. Tit. *de praescript. verbis* Artic. I. Nr. V. not. e. pag. 550. und *Ioann. van* NEEK Diss. ad L. ult. D. de condict. causa data causa non secuta. *Lugd. Batav.* 1735. Cap. IV. (in *Ger.* OELRICHS *Thesaur. novo Dissertation. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. Nr. X. pag. 417.) Nun folgt noch gar nicht, weil gegen den Empfänger keine actio praescriptis verbis auf das Interesse statt findet, wenn die von ihm gegenseitig versprochene Sache durch bloßen Zufall zu Grunde gegangen ist, also kann er nun auch das Empfangene behalten; Nein, daß deshalb die Zurückforderung des Gegebenen allerdings statt finde, lehrt die *L. ult. D. de condict. caus. data c. n. s.* ganz deutlich. Man sehe auch HUBER in

tracte, sondern aus einem andern rechtlichen Grunde z. B. aus einer Pollicitation, oder aus einer Schenkung, oder aus der geschehenen Antretung einer Erbschaft entspringt, und die schuldige Sache durch einen Zufall zu Grunde geht, so trägt der den Schaden, welcher die Sache zu fordern berechtiget war [60]). Dieser kann nun nach der Regel: *debitor speciei liberatur rei interitu casuali*, nichts weiter verlangen [61]).

Es ist nun der letztere Fall noch übrig, wenn nämlich keine Species, sondern ein genus, oder eine quantitas den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht. In diesem Falle

Praelect. ad Pandect. Lib. XII. Tit. IV. §. 4. Eben so wenig stehet auch die *L.* 10. *Cod de condict. ob caus. dator.* unserer Meinung entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: Pecuniam a te datam, si haec causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est; so ist hier, wie *van* NECK cit. Diss. Cap. III. pag. 414. ganz richtig bemerkt hat, nicht ausser Acht zu lassen, daß dieses Gesetz ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian auf die Supplic einer gewissen Canoniana enthält, wovon uns die nähern Umstände unbekannt sind. Es muß also der Rechtsanalogie gemäß von einem solchen Falle verstanden werden, wo nach bekannten Rechtsgrundsätzen, die die Kaiser bey ihrer Entscheidung befolgt haben, die Zurückforderung des Gegebenen wegfällt. Dergleichen Fall kommt z. B. vor in der *L.* 5. §. *ult. D. de condict. caus. data.* Mit mir stimmen noch überein BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disputat. XXII. Thes. 2. Lit. A. pag. 844. sqq. und SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercitat. XXIV. §. 15.

60) §. 16. *I. de Legatis. L.* 47. §. *ult. D. de Legat. I. L.* 92. *pr. D. de Solution.*

61) BRANDENBURG cit. Specim. §. 14.

Falle muß der Schuldner den Schaden tragen[62]). Dieser wird von seiner Verbindlichkeit nicht frey, wenn gleich die schuldige Quantität verlohren geht, oder ein und das andere Individuum, welches zu dem schuldigen genere gehört, zu existiren aufhört. Dieß ist der Fall beym Darlehn[63]), ferner bey dem deposito irregulari, welches sich durch den verstatteten Gebrauch der deponirten fungiblen Sache dem Darlehn nähert[64]), und überhaupt bey denjenigen Contracten, in welchen dem andern eine gewisse Sache zu einem bestimmten Preis, Verkaufswegen, dergestalt angeschlagen worden ist, daß er nur für den taxirten Werth zu haften schuldig seyn solle[65]). In allen diesen Fällen muß der Schuldner den Casum tragen, weil er Eigenthümer der zu Grunde gegangenen Sache war; und bleibt daher, des erlittenen Unglücksfalles ungeachtet, die schuldige Summe wieder zu bezahlen verbunden[66]). Nur in Absicht auf das schuldige Genus ist noch ein Unterschied zu machen, ob solches bloß auf gewisse Species eingeschränkt ist, oder nicht. In dem letztern Falle verliert der Gläubiger sein Recht, eine zu dem schuldigen genere gehö-

62) *L.* 42. *D. de iure dot.* *L.* 11. *Cod. Si certum petatur.* S. *Io.* D'AVEZAN Contractuum libr. I. Cap. 25. (in *Thes. Meerm.* Tom. IV. pag. 52.)

63) §. 2. *I. Quib. mod. re contrah. obligat.*

64) *L.* 24. *D. depositi.* *L.* 31. *D. Locati conducti.*

65) *L.* 5. §. 3. *D. commodati.* *L.* 54. §. *ult.* *D. Locati.* *L.* 10. *pr.* *D. et L.* 10. *Cod. de iure dot.*

66) *L.* 1. §. 4. *D. de obligat. et action.* Et ille quidem, qui mutuum accepit, si quolibet casu, quod accepit, amiserit: nihilominus obligatus permanet.

gehörige Speciem zu fordern, nicht, wenn auch gleich alle diejenigen Individuen, welche der Schuldner selbst besaß, durch Zufall verlohren gegangen seyn sollten. In diesem Falle findet also vorzüglich die Regel statt: *genus perire non censetur*[67]). Ist hingegen das genus nur auf gewisse Species eingeschränkt, z. B. es hat mir Jemand eins von seinen Pferden vermacht, oder verkauft, welches ich mir aussuchen soll; so hört mein Recht und die Verbindlichkeit des Schuldners auf, wenn alle in der Erbschaft befindlich gewesene Pferde, oder alle Pferde des Verkäufers durch Zufall zu Grunde gegangen sind[68]).

§. 327.

II) Wer ersetzt den Unglücksfall?

Soviel nun die zweyte Hauptfrage betrifft, nämlich in wiefern Jemand verbunden sey, den Schaden, den ein anderer durch Zufall erlitten hat, zu ersetzen? so ist die Regel: *casus fortuiti a nullo praestantur*, welche die Gesetze[69]) geben, allerdings der Vernunft gemäß, weil es billig ist, daß jeder den Schaden selbst trage, den er durch Unglücksfälle erlitten hat. Soll ich

67) BRANDENBURG cit. Specim. §. 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 571.

68) *L.* 34. §. 6. *D. de contrah. emt. vendit.* *L.* 30. §. 5. *D. ad L. Falcid.* Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 984.

69) *L.* 23. *in fin. D. de Regul. iuris.* Man vergleiche hier vorzüglich *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iuris Cap. XXVII und BRANDENBURG cit. Specim. de damno casuali eiusque praestatione Cap. II.

ich also schuldig seyn, einem andern diesen Schaden zu ersetzen, so muß ein besonderer Grund der Verbindlichkeit vorhanden seyn. Nun fehlt es zwar an solchen Ausnahmen nicht; ob aber diejenigen, welche unser Verfasser angeführt hat, die Sache erschöpfen, daran dürfte man wohl billig zweifeln. Er giebt nämlich zwey Ausnahmen an: 1) wenn Jemand durch Vertrag die Unglücksfälle übernommen hat; und 2) wenn die zu Grunde gegangene Sache dem Empfänger für einen gewissen Preis Verkaufswegen angeschlagen worden ist [70]). Allein nicht zu gedenken, daß es weit mehrere Ausnahmen gibt, wie ich hernach zeigen werde; so ist auch die letztere Ausnahme nicht einmahl ganz ächt. Denn es kommt in dem Falle, da eine Sache Verkaufswegen zu einem gewissen Preis angeschlagen worden, noch sehr viel darauf an, ob die Absicht des Eigenthümers dahin gieng, daß der Empfänger die Sache für den bestimmten Preiß verkaufen, und, wenn er sie nicht dafür an den Mann bringen könnte, dieselbe wieder zurückgeben sollte, wie dieß gewöhnlich der Fall beym Tröbelcontract ist; oder ob die Absicht des Eigenthümers vielmehr dahin gieng, daß die Sache dem Empfänger selbst für den gesetzten Preis verkauft seyn, und dieser also nur für den Werth derselben haften sollte; wie dieser Fall zuweilen beym Commodatum [71]), noch öfters aber bey der Brautgabe [72]), vorkommt.

70) Eben so BOEHMER in Introduct. in ius Digestor. Lib. XIII. Tit. VI. §. 23.

71) *L.* 5. §. 3. *D. Commodati.* Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, *qui aestimationem se praestaturum recepit.* Es wird hier vorausgesetzt, daß der Commodatar die Aestimation der geliehenen Sache zu erstatten, ausdrück-

kommt. In diesem letztern Falle geht das Eigenthum der geschätzten Sache auf den Empfänger über, und er prästirt daher nicht sowohl den Casum, wie unser Verfasser meint, sondern trägt ihn vielmehr als Eigenthümer und debitor quantitatis selbst[73]), wie beym vorhergehenden Paragraphen bereits bemerkt worden ist. Im ersteren Falle hingegen ist noch der Unterschied zu machen, ob dem Eigenthümer allein an dem Verkauf gelegen gewesen, und dieser also den Empfänger der Sache gebeten, ihm solche für den bestimmten Preiß zu verkaufen, oder ob der Empfänger, um seines eigenen Vortheils willen, den Eigenthümer gebeten, ihm die Sache zum vertrödeln zu geben. Im erstern Falle steht der Empfänger für keine Gefahr, sondern der Eigenthümer trägt den Casum, wenn die zum Verkauf gegebene Sache durch einen ungefähren Zufall, wobey dem Empfänger keine Verwahrlosung zur Last gelegt werden kann, vernichtet oder beschädiget werden sollte. Nur

drücklich versprochen habe. Denn wäre die geliehene Sache blos von dem Leiher geschätzt worden, ohne daß der Commodatar seiner Seits versprochen, für den bestimmten Werth zu haften, so ist ein solcher Anschlag im Zweifel nur als taxationis gratia gemacht anzunehmen, und der Commodatar steht alsdann für die Gefahr der Sache nicht, wie *Guil.* PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XXVII. §. 6. et 7. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 540. sq.) sehr gründlich wider *Io.* D'AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 28. (in *Thes. eod.* Tom. IV. pag. 58. bemerkt hat.

72) *L.* 10. *pr. et* §. 6. *L.* 14. *L.* 15. *L.* 69. §. 8. *D. de iure dot.* S. Geigers merkwürdige Rechtsfälle und Abhandl. 2. Band. Nr. XXXI. §. 2.

73) *L.* 5. *L.* 10. *Cod. de iure dot.*

Nur in dem letztern Falle trift der Verlust den Empfänger, welcher solchen dem Eigenthümer zu ersetzen schuldig ist [74]. Wir wollen nun die rechtlichen Gründe, aus denen eine Verbindlichkeit zur Prästation der Unglücksfälle entspringt, vollständiger und richtiger zu bestimmen suchen [75]. Eine solche Verbindlichkeit kann 1) in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze gegründet seyn. Ein Beyspiel hiervon giebt uns die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein uns zugehöriges unvernünftiges Thier, ohne unsere Schuld, angerichtet hat. Denn da hier kein factum hominis concurrirt, die Handlung eines unvernünftigen Thieres aber unmöglich als frey und imputabel angesehen werden kann, so kann der Schade, den das Thier angerichtet hat, für nichts anders, als ein ungefährer Zufall, gehalten werden, den der Eigenthümer des Thieres nach Vorschrift der Gesetze entweder im Gelde,

74) Hierher gehört besonders die merkwürdige *L.* 17. §. 1. *D. de praescr. verbis et in factum act.* Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem: cuius periculum sit? et ait LABEO, quod et POMPONIUS scripsit, *si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum*: *si tu me, tuum*: si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis. Hieraus erhellet, daß die von unserm Verfasser angeführte *L.* 1. §. 1. *D. de aestimatoria*, wo es heißt: Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; nicht allgemein verstanden werden könne, wie ich an einem andern Orte gezeigt habe. S. Geigers und meine merkwürdigen Rechtsfälle 1. Band Nr. XIII. §. 5. Not. 13. S. 246.

75) Man vergleiche hier vorzüglich BRANDENBURG cit. Specim. Cap. II. §. 28. sqq.

de, oder durch Uebergabe des schädlichen Thieres dem Beschädigten ersetzen muß [76]). 2) Das andere Fundament, worauf sich die Verbindlichkeit zur Vergütung zufälliger Schäden gründen kann, ist ein Vertrag [77]). Z. B. Wenn ich an Jemanden ein Haus vermiethet habe, und das Haus ohne Schuld des Miethmannes abbrennt, so trift dieses Unglück eigentlich mich, als Eigenthümer; allein hat sich der Miethmann verbindlich gemacht, für alle Unglücksfälle zu stehen, so kann ich von ihm verlangen, daß er mir den Schaden ersetze. Die meisten practischen Rechtsgelehrten stimmen jedoch darin überein, daß derjenige, welcher die Unglücksfälle durch einen Vertrag übernommen, nur für die gewöhnlichen und ungewöhnlichen hafte, dahingegen die allerungewöhnlichsten und ganz ausserordentlichen Zufälle im Zweifel nicht für übernommen gehalten werden [78]); obgleich diese Meinung nicht ausser allem Zweifel ist,

76) S. Tot. Tit. Instit. et Digestor.: *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur;* und Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 34. S. 99.

77) *L. 1. §. 35. D. depositi. L. 39. D. mandati. L. 9. §. 2. D. Locati cond. L. 1. Cod. de commodato.*

78) BERGER in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VIII. Th. 3. WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 214. n. 82—84. pag. 951. et P. V. Obs. 98. STRYK de cautelis contract. Sect. II. Cap. IX. §. 26. CARPZOV in iurisprud. for. P. II. Constit. XXVI. Definit. 8. et Constit. XXXVII. Definit. 17. nr. 5. LEYSER in Med. ad Pandect. Vol. XI. Suplem. Spec. 217. med. 15. pag. 202. *Ev.* OTTO D. de praestatione casuum fortuitorum insolitorum et insolitissimorum Cap. II. §. 9. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. I. §. 4. von Winkler in der rechtl. Abhandl. von Kriegsschäden 1. Abschn. 2. Hauptst. Nr. 28—61. S. 40. ff. Westphal in der Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht und Miethcontract. §. 35. u. a. m.

ist, und daher von andern[79]) nicht ohne Grund verworfen wird, weil die Gesetze diesen Unterschied nicht kennen, sondern den Vertrag, wodurch Jemand überhaupt die Unglücksfälle übernommen hat, ohne Ausnahme gehalten wissen wollen[80]). Daß übrigens die Uebernehmung der Unglücksfälle sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen könne, z. B. wenn man die fremde Sache dem Eigenthümer unversehrt zurück zu liefern versprochen, leidet keinen Zweifel[81]). Endlich

3) können auch gewisse einseitige Handlungen einen rechtlichen Grund zur Prästation der Unglücksfälle bewirken; und zwar können solche theils erlaubte theils unerlaubte seyn. Zu den erlaubten zähle ich a) die Pollicitation, da Jemand einer Kirche oder dem Staate eine gewisse bestimmte Sache versprochen, und zugleich für deren Gefahr zu haften gelobet hat. b) Anerkennung eines letzten Willens durch geschehene Erbschaftsantretung, worin Jemandem eine gewisse Species vermacht, und dem Erben für die Unglücksfälle

79) *Arn.* VINNIUS selectar. iuris quaestion. Lib. II. cap. 1. *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iuris. Cap. XXVII. §. 4. et 5. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XIII. Tit. VI. § 46. et 47. *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XIII. Tit. VI. Qu. 19. *Frid. Es. a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 78. §. 4. *Lud. God.* MADIHN Princip. iur. Rom. Part. I. §. 104. und BRANDENBURG cit. Specim. Cap. II. §. 29.

80) *L. 78. §. 3. D. de contrah. emt. vendit. L. 9. §. 2. D. Locati conducti.*

81) Ein solcher Fall kommt in der *L. 30. §. 4. D. Locati conducti* vor. S. Westphals Lehre des gem. Rechts vom Kauf, Pacht und Miethcontract §. 1012.

fälle in Ansehung derselben zu stehen dergestalt auferlegt worden ist, daß wenn die Sache vor deren Auslieferung zu Grunde gehen würde, er den Werth dafür dem Legatar ersetzen solle [82]). **Unerlaubte** einseitige Handlungen hingegen sind *α*) **Culpa** des andern, wodurch der Casus veranlaßt worden ist, welcher nicht schädlich gewesen seyn würde, wofern die Culpa nicht paßirt wäre [83]). Es wird jedoch ein solcher Grad der Nachläßigkeit vorausgesetzt, der in dem vorliegenden Falle nach der Natur des Contracts zu prästiren ist. Wäre also der Casus durch des Schuldners culpam levissimam verursacht worden, und er hätte nur culpam latam oder levem zu vertreten, so ist er den Schaden zu ersetzen nicht schuldig [84]). *β*) **Verzug oder Saumseligkeit** des Schuldners (mora), insofern dieselbe zum Untergange der Sache etwas beygetragen hat [85]). *γ*) **Contractswidriger Gebrauch einer fremden Sache**, z. B. wenn der Depositar die deponirte Sache, oder der Gläubiger das Pfand contractswidrig gebraucht, und der Sache bey diesem Gebrauche ein Unglücksfall zustößt, so muß der Schade dem Eigenthümer

82) BRANDENBURG cit. loc. §. 31.

83) *L. 5. §. 4. et 7. L. 18. pr. D. commod. L. 11. §. 1. D. Locati conducti. L. 11. D. de negot. gest. L. 12. D. de peric. et comm. rei vend. L. 3. C. de peric. tutor. L. un. D. de ripa muniend.* S. PROUSTEAU cit. loco §. 9—13.

84) **Höpfners** Commentar über die Institutionen §. 985.

85) *L. 23. L. 49. D. de verb. obligat. L. 40. pr. D. de heredit. petit. L. 15. §. ult. D. de Rei vindicat. L. 14. §. 1. D. depositi. L. 47. §. ult. D. de Legat. I. L. 45. D. de obligat. et act.* PROUSTEAU c. l. §. 23—29. **Höpfner** a. a. O.

mer ersetzt werden [86]). Endlich δ) ein begangenes Verbrechen, wodurch man die fremde Sache an sich gebracht hat; z. B. wenn sie dem Eigenthümer gestohlen, oder gewaltsam geraubt worden wäre [87]). Ein Dieb und Räuber wird daher durch den Untergang der gestohlnen oder geraubten Sache nicht von der Verbindlichkeit befreyet, den Eigenthümer zu entschädigen, wenn gleich der Zufall aus ganz natürlichen Ursachen, woran der Dieb nicht Schuld war, z. B. durch Mortalität, entstanden wäre [88]). Denn die Gesetze sehen hier die Prästation der Unglücksfälle als eine gerechte Strafe des Diebes an, der, wie sich Tryphonin [89]) ausdrückt, ex ipso tempore delicti, plus quam frustrator, debitor constitutus est [90]).

§. 327. b

86) *L. 16. D. de condict. furt.* S. *Aug. Frid.* SCHOTT Diss. de furto usus. *Lipsiae* 1775. §. 18. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Observ. 268. und Höpfner im Commentar §. 1034. Not. 1.

87) *L. 2. Cod. de condict. furt.* BRANDENBURG cit. Specim. §. 33.

88) *L. 1. §. 34. et L. 19. D. de vi et vi armat. L. 40. pr. D. de hereditat. petit. L. 8. pr. et L. ult. D. de condict. furtiva. L. 1. Cod. de his, quae vi metusve caus.* de COCCEJI ius civ. controv. Lib. V. Tit. III. Qu. 19.

89) *L. 19. D. de vi et vi armat.* Dieser Grund ist allerdings bündiger, als derjenige, welchen Ulpian in der *L. 8. §. 1. D. de condict. furt.* anführt, nämlich quia semper moram fur facere videtur.

90) Dessen ungeachtet behaupten doch verschiedene Rechtsgelehrte, daß auch ein Dieb und Räuber für die Unglücksfälle nur in so weit hafte, als die gestohlne oder geraubte Sache nicht auf die nämliche Art bey dem Eigenthümer zu Grunde gegangen seyn wür-

§. 327. b
Vom Beweiß der Unglücksfälle.

Es ist noch eine wichtige Frage übrig, nämlich wer bey Unglücksfällen den Beweiß führen müsse? Es lassen sich hier verschiedene Fälle gedenken. Entweder es ist wegen Uebernehmung der Unglücksfälle ein Vertrag geschlossen worden, oder nicht. Im ersten Falle wird entweder darüber gestritten, ob die Sache durch einen solchen Unglücksfall zu Grunde gegangen sey, als der Beklagte übernommen, oder der Streit ist darüber, wer an dem Unglücksfalle Schuld sey? In jenem Falle, wenn nicht über die Existenz des Vertrages, als welchen sonst freylich der Kläger beweisen müßte, sondern nur über den Sinn und die Auslegung desselben gestritten wird, kommt es wieder darauf an, ob der Beklagte in dem Vertrage die Unglücksfälle unbestimmt übernommen hat oder nicht. Ist das erstere, so liegt dem Beklagten der Beweiß ob, daß der gegenwärtige Fall ausgenommen sey [91]). Ist hingegen der Vertrag bestimmt, und darin nur einiger besonderer Unglücksfälle Erwähnung geschehen, so muß der Kläger dar-

würde; dieser Meinung sind z. B. FACHINAEUS Lib. VIII. Controversiar. Cap. 100. und *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iur. cap. XXVII. §. 30—35. Allein die von ihnen angeführte *L. 14. §. 11. D. quod met. causa* kann gegen die deutliche Vorschrift der in der Not. 88. von mir angeführten Gesetzstellen nichts verfangen. Man sehe übrigens VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. XIII. Tit. II. § 6. DONELLUS in Commentar iur. civ. Lib. XVI. cap. 2. §. *Idem ad moram.* pag. 868. und POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. Tit. *Quod metus causa gest.* Art. II. Nr. XXVII. Not. a. pag. 133.

91) *L. 19. pr. D. de probat.*

darthun, wenn er behauptet, daß die Anführung der in dem Vertrage benannten Unglücksfälle nur Beyspielsweise geschehen sey; die Absicht der Contrahenten aber eigentlich auf die Uebernehmung aller Unglücksfälle gerichtet gewesen [92]). Kann er dieses nicht beweisen, so ist der Beklagte freyzusprechen, wenn der Schade durch einen solchen Unglücksfall geschehen, welcher in dem Vertrage nicht erwähnet worden [93]). Behauptet hingegen der Beklagte, daß der Unglücksfall durch des Klägers Schuld verursachet worden sey, so muß er seine Einrede erweisen, weil dieß im Zweifel nicht vermuthet werden kann [94]).

Ist nun aber wegen der Uebernehmung der Unglücksfälle kein Vertrag geschlossen worden; so ist entweder an sich unstreitig, daß ein Casus erfolgt sey, welcher die Erfüllung des Versprechens gehindert hat, und es wird bloß darüber gestritten, ob nicht durch die Schuld des Promittenten dieser Zufall verursacht worden; oder es ist noch nicht ausgemacht, daß ein solcher Casus wirklich erfolgt sey, sondern es wird nur von dem Promittenten vorgeschützt. In dem erstern Falle muß der Kläger, wenn er gleichwohl dem Beklagten eine Schuld beymessen will, auch beweisen, daß eine solche dem Unglücksfalle vorausgegangen sey [95]).

Denn

92) Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, und Miethcontract §. 35. S. 37.

93) S. *Lud.* MENCKEN Diss. de conventione circa praestandos casus fortuitos §. 29. sqq.

94) *Io. Frid.* WAHL Progr. Quid proprie in receptione casuum fortuitorum pactitia probandum sit? *Goetting.* 1732.

95) *Io. Balth.* L. B. *a* WERNHER in Observat. forens. T. I. Part. IV. Obs. 214. nr. 33. sqq. pag. 947. sq. *Car. Matth.* Glücks Erläut. d. Pand. 4. Th.

Denn die Behauptung der von andern angeblich bewiesenen Fahrläßigkeit ist eine Thatsache, die von denjenigen, welche sich darauf berufen, um so mehr gehörig dargethan werden muß, als die Culpa insbesondere den Rechten nach nicht vermuthet zu werden pflegt[96]). Es kommt indessen freylich hierbey vieles auf die eintretenden Umstände an, welche bisweilen allerdings eine solche Vermuthung begründen können, die den Kläger des Beweises überhebt. Die Zufälle sind nämlich nicht von einerley Art. Einige sind so beschaffen, daß sie gewöhnlich keine Nachläßigkeit zum Grunde haben, z. E. feindliche Ueberfälle, Wasserfluthen, Wetterschäden, Viehsterben u. a. m. Bey diesen bleibt es freylich bey der Regel, der Kläger muß also beweisen, daß der Beklagte etwas versehen habe. Andere Zufälle sind hingegen von der Art, daß sie gewöhnlichermaßen durch Fahrläßigkeit derjenigen, in deren Wohnungen sie sich zutragen, zu entstehen pflegen, wie z. B. Feuersbrünste, Diebstahl u. d. Bey Zufällen dieser Art ist nach der Meinung bewährter practischer Rechtsgelehrten[97]) darauf zu sehen, ob ein

DAEGENER Diss. de legitima probatione casuum fortuitorum. (*Lipsiae* 1731.) §. 7. von Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. XIV. S. 195. und *Christ Guil.* WEHRN in doctrina iuris explicatr. principiorum et causarum damni praestandi. Cap. IV. §. 20. pag. 159. sq.

96) *L.* 18. §. 1. *et* 2. *D. de probat.* WERNHER in Observ. for. Tom. I. Part. I. Obs. 200. nr. 6. pag. 213.

97) CARPZOV in iurisprud. for Part. II. Constitut. XXVI. Definit. 18.) *Hartm.* PISTOR in Quaestionib. iuris Lib. I. quaest. 18. nr. 8. sqq. *Io. Henr. de* BERGER in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VIII. Thes. 3. Not. 3. *Ge. Frid.* KRAUS in Diss. de actiones

ein solcher Fall vorhanden ist, daß der Schuldner nach der Natur des Geschäfts culpam levissimam prästiren muß, wie z. B. der Commodatar; oder ob er nun für eine culpam latam oder levem haften darf, wie z. B. der Verkäufer oder Pächter. In jenem Falle muß der Beklagte beweisen, daß er nicht in culpa levissima gewesen sey, oder welches einerley ist, daß er die möglichste Sorgfalt angewandt habe, wenn er die Verurtheilung zum Schadensersatz vermeiden will; dahingegen liegt in dem letztern Falle dem Kläger der Beweiß ob, daß der Zufall durch des Beklagten culpam latam oder levem verursacht worden sey[98]). Diese Distinction ist nicht nur in der Natur der Sache selbst, sondern auch in den Gesetzen gegründet. Denn eine culpa lata und levis wird nicht leicht vermuthet, weil man im Zweifel einen jeden Menschen für einen diligens paterfamilias halten muß, so lange das Gegentheil nicht erwiesen ist; und dieß findet auch bey solchen Zufällen statt, welche gewöhnlich durch Nachläßigkeit zu entstehen pflegen, wie z. B. bey Feuersbrünsten. Denn wenn gleich

ne de recepto casum fortuitum non persequente. (*Vitembergae* 1750.) §. 7. und **Höpfner** im Commentar über die Institutionen §. 761. Not. 4.

98) Könnte jedoch der Kläger nur wenigstens so viel darthun, daß der Beklagte nicht allein wegen seiner vorherigen Lebensart die größte Vermuthung der bewiesenen Fahrläßigkeit wider sich habe, sondern auch, wenn die Rede von einer entstandenen Feuersbrunst ist, keine auf scheinbaren Gründen beruhende Ursache angeben könne, die zu dem ausgebrochenen Feuer eine unmittelbare Veranlassung gegeben hätte, so kann der Kläger unter diesen Umständen zum Erfüllungseide zugelassen werden. S. **Quistorp** in den angeführten Beyträgen S. 197.

daraus die allgemeine Vermuthung einer Culpa entsteht, welche allerdings in den Gesetzen gegründet ist [99]; so reicht doch diese noch keinesweges hin, um annehmen zu können, daß durch des Beklagten culpam latam oder levem der Unglücksfall verursacht worden sey, und daher dem Beklagten den Beweis des Mangels seiner Fahrläßigkeit aufzubürden; vielmehr ist nach deutlicher Vorschrift der Gesetze [100] auch selbst bey einer entstandenen Feuersbrunst immer eher zu vermuthen, daß solche durch einen ungefähren Zufall, als durch Fahrläßigkeit des Hausvaters, in dessen Wohnung das Feuer ausgekommen ist, entstanden sey [1]. Ganz anders verhält sich hingegen die Sache, wenn der Beklagte culpam levissimam prästiren muß. Denn zur größten Sorgfalt incliniren die Menschen nicht so sehr, daß man dieselbe vermuthen könnte. Man kann daher nur den gewöhn-

99) *L. 3. §. 1. D. de officio praefecti vigilum.* wo es heißt: quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium.

100) *L. 11. D. de peric. et commod. rei vendit.* Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? Respondit: *quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit,* quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit, nisi dolo vel latiori negligentia combustio facta. Add. *L. 5. §. 4. D. Commodati. L. 14. §. 6. D. de Furtis L. 11. D. de incendio, ruina, naufragio. L. 23. in fin. D. de Reg. iuris.*

1) Man vergleiche hier besonders WERNHER in Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 200. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. Lib. XIX. Tit. II. §. 51. u. Quistorp in den angeführten Beyträgen Nr. XIV.

wöhnlichen Fleiß (diligentiam mediam) präsumiren. Der Beklagte hat also hier die Vermuthung wider sich, und muß den Beweis seiner Schuldlosigkeit billig übernehmen.

Ich komme nun auf den andern Hauptfall, wenn nämlich der Beklagte vorschützt, daß ein Unglücksfall die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gehindert habe, und noch nicht ausgemacht ist, daß ein solcher Casus wirklich erfolgt sey; in diesem Falle muß ohne Zweifel der Schuldner nicht allein den Casum selbst, sondern auch soviel beweisen, daß derselbe ohne seine verantwortliche Schuld entstanden sey [2]).

§. 328.

Begriff von *mora*. Was ist *mora debitoris*? was *mora creditoris*?

Wir haben bisher die Lehre vom Schadensersatz bey Verträgen abgehandelt. Hiezu gehört nun noch die Materie von der mora, denn auch durch die moram eines andern kann uns Schaden geschehen [3]). *Mora*, Verzug, Saumseligkeit, heißt überhaupt der widerrechtliche Aufschub einer obliegenden Schuldigkeit [4]). Alle mora setzt

2) Arg. *L.* 5. *Cod. de pigner act.* WEHRN. cit. doctrina iuris Cap. IV. §. 20. pag. 159.

3) Diese Materie haben unter den ältern Rechtsgelehrten besonders DONELLUS, FERRETUS, FORCATULUS, COCCEJI und *Iul. a* BEYMA, unter den neuern vorzüglich *Christ Guil.* WEHRN in doctrina iuris explicatr. Cap. V. pag. 292. sqq. abgehandelt.

4) In den Gesetzen wird diese mora auch *frustratio* *L.* 37. *in fin. D. mandati.* *L.* 3. §. 4. *D. de Usuris*; ferner *cessatio* *L.* 17. *D. eod.* auch *dilatio* genannt. *L.* 21. *D. eod.* Vergleiche *Chr. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de notione iuridica morae (in *Opusc.* T. I. Nr. V.)

setzt daher voraus a) daß Jemand zu etwas verbunden sey, die Verbindlichkeit mag aus einem Gesetze, oder Vertrage, oder aus einer andern erlaubten oder unerlaubten Handlung entspringen; b) es muß ein Zeitpunkt bestimmt seyn, mit dessen Eintritt der Saumselige die ihm obliegende Schuldigkeit hätte erfüllen sollen. c) Dieser Zeitpunkt muß verstrichen, und dennoch d) die schuldige Verbindlichkeit nicht erfüllet worden, und zwar e) ohne rechtmäßige Ursache unterlassen seyn [5]; es mag diese Unterlassung in einem Vorsatz oder in einer Nachläßsigkeit ihren Grund haben. Eine solche Mora kann nun nicht nur vom Schuldner, sondern auch von dem Gläubiger selbst begangen werden, wenn entweder der eine oder der andere in der Auseinandersetzung und Berechnung der Schuld saumselig ist [6]), oder der Schuldner die Abtragung der Schuld ungebührlich verzögert, oder der Gläubiger die ihm zu rechter Zeit und auf die gehörige Art angebotene Zah-

5) *L. 21. D. de Usuris*: Sciendum, non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum. *L. 40. D. de rebus credit.* Non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest. Dahin gehört z. B. wenn die Schuld noch nicht liquid ist, oder die schuldige Summe mit Arrest belegt worden, oder der Schuldner einen Indult erhalten, u. d. m.

6) L. 4. *Cod. de usuris pupillarib.* Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Verum adversus futuram calumniam, ut et si quid ei debetis, cursus inhibeatur usurarum, denuntiationibus frequenter interpositis, ad iudicium eum provocate: ac, si rem dissimulatione proferat, actis apud Praesidem provinciae factis, voluntatis vestrae rationem declarate; quo facto, tam vobis ipsis, quam securitati filiorum vestrorum consuletis. S. WEHRN c. I. §. 46.

Zahlung anzunehmen, ohne rechtmäßige Ursache verweigert [7]). In dieser Rücksicht theilt man die moram ein in *moram solvendi* und *moram accipiendi*.

§. 329.

Wenn nimmt die mora ihren Anfang?

Aller Verzug gründet sich nun also in der Verabsäumung eines Zeitpunktes, mit dessen Eintritt der Saumselige eine ihm obliegende Verbindlichkeit hätte erfüllen sollen. Dieser Zeitpunct kann entweder

a) durch unmittelbare Vorschrift der Gesetze bestimmt seyn. Dahin gehört z. B. wenn die Gesetze verordnen, daß ein versprochener Brautschatz längstens innerhalb zwey Jahren nach vollzogener Ehe ausgezahlt; das eingebrachte Heyrathsgut hingegen, wenn solches in unbeweglichen Gütern bestehet, sogleich nach erfolgter Aufhebung der Ehe, insofern es aber in beweglichen Sachen und baarem Gelde besteht, binnen einem Jahre, von Aufhebung der Ehe angerechnet, zurückgegeben werden solle [8]). So haben ferner die Gesetze den Vormündern zur Ausleihung der

7) *L. 37. D. mandati.* — nisi forte aut per promissorem steterit, quominus suo die solveret, aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. *L. 72. D. de Solution.* — si ea obtulerit creditori, et ille sine iusta causa ea accipere recusavit.

8) *L. 31. §. 2. Cod. de iure dot. L. un §. 7. Cod. de rei uxor. action.*

der vorräthigen Pupillengelder gewisse Fristen bestimmt, die sie nicht verabsäumen dürfen [9]).

b) Kann auch in dem Vertrage ein Zahlungstermin festgesetzt seyn [10]). Z. B. ich leihe Jemanden eine Summe Geldes auf ein Jahr. Zuweilen bestimmt, auch ohne ausdrückliche Verabredung der Contrahenten, schon die Natur des Vertrags den Erfüllungszeitpunct der daraus entstehenden Verbindlichkeit. Der Fall kommt beym Kaufcontracte vor, in welchem, wenn nicht auf Borg gehandelt worden, der Käufer sogleich nach erfolgter Uebergabe der verkauften Sache, das Kaufgeld zu bezahlen schuldig ist [11]). Ausserdem muß

c) die Interpellation des Gläubigers den Zeitpunkt bestimmen, da die Verbindlichkeit zu erfüllen ist. Der Gläubiger muß also den Schuldner zur Erfüllung auffordern, wenn er in moram versetzt werden soll [12]). Hieraus läßt sich nun bestimmen, wenn die Zögerung ihren Anfang nimmt. So tritt I) auf Seiten des Schuldners

9) *L. 7. §. 51. D. de administr. et peric. tutor. L. 15. D. eod.*

10) *L. 23. D. de obligat. et action. L. 114. D. de Verbor. obligat.*

11) *L. 13. §. 20. D. de action. emti et vend. L. 47. in fin. D. eodem. L. 5. Cod. eod.* MEISTER in Diss. cit. de notione morae §. 48. giebt hier die Regel: *Tempus debiti legitimum in omnibus contractibus bilateralibus est tempus implementi contractus ab una parte.* L. 5. §. 1. et 2. D. de praescr. verbis.

12) L. 36. §. *ult. D. de Legat. I. L. 32. pr. D. de Usur. Ge. Ioach.* DARIES Diss. de iusto termino solutionis, quando in instrumento obligationis solutioni terminus non est praefinitus. *Francofurti* 1774.

ners ein, wenn die in dem Gesetz oder im Vertrage bestimmte Zahlungsfrist verstrichen, und keine Zahlung erfolgt ist; und zwar tritt hier die mora *ipso iure* ein, ohne daß der Gläubiger den Schuldner zu mahnen nöthig hat, weil schon das Gesetz selbst, oder der Tag, wie man zu sagen pflegt, statt des Gläubigers, den Schuldner interpellirt[13]). Eine solche mora, welche ohne Interpellation des Gläubigers ipso iure eintritt, wird in den Gesetzen *mora ex re*[14]) genennt. Ist hingegen weder durch Gesetz noch Vertrag eine Zahlungsfrist festgesetzt, so nimmt die mora auf Seiten des Schuldners nicht eher ihren Anfang, als bis der Gläubiger den Schuldner interpellirt, d. i. an die schuldige Zahlung erinnert hat[15]) und eine solche mora, welche eine

13) Dies interpellat pro homine. *L.* 114. *D. de verbor. obligat. L.* 23. *D. de Oblig. et action. L.* 12. *Cod. de contrah. vel committ. stipul.* S. WALCH in Controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. membr. I. Subsect. I. §. 16.

14) *L.* 3. §. 3. *D. de adim. vel transfer. legat. L.* 32. *pr. D. de Usuris. L. ult. Cod. de condict. ob turpem caus.* Von dieser mora ex re handeln sehr ausführlich *Ge.* NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 10. und WEHRN c. l. §. 47.

15) Eine solche Interpellation ist auch bey bedingten Schuldforderungen nöthig, weil die Existenz der Bedingung bloß die Verbindlichkeit purificirt, d. i. nur soviel bewirkt, daß der Schuldner belangt werden kann, aber denselben nicht sogleich in moram versetzt. S. ZOESIUS in Comm. ad Pandect. Lib. XXII. Tit. I. §. 50. und VOET in Comm. ad Pandect. Tit. de Usuris §. 26. Nach dem neuen Preuß. Landrecht I. Th. 16. Tit. 2. Abschn. §. 68. nimmt jedoch die mora ihren Anfang, sobald die Bedingung eingetreten.

eine Interpellation des Schuldners erfordert, wird *mora ex persona*[16]) genennt. Ob diese Interpellation gerichtlich geschehen müsse, oder auch aussergerichtlich mit Wirkung geschehen könne? ist streitig[17]). Soviel ist indessen gewiß, daß sich nirgends ein ausdrückliches Gesetz findet, welches eine gerichtliche Interpellation vorschreibt. Es läßt sich auch mit Grunde nicht behaupten, daß derjenige sich zum Richter in seiner eigenen Sache aufwerfe, der seinen Schuldner außergerichtlich mahnt. Ich trage daher kein Bedenken, mit dem Verfasser denjenigen[18]) beyzutreten, welche eine außergerichtliche Interpellation für hinreichend halten, da die Gesetze keinen Unterschied machen[19]). Daß jedoch die Erinnerung von dem Gläubiger oder

16) *L.* 32. *pr. D. de Usur.* Mora fieri intelligitur — *ex persona*, si interpellatus opportuno loco non solverit.

17) *Lud. God.* MADIHN in Principiis iuris Rom. P. I. §. 121. hält eine ausserordentliche Interpellation nicht für hinreichend: *potius*, sagt er, *iudicialis necessaria est, quoniam nemo iudex in causa sua propria esse potest.* Allein man sehe dagegen WEHRN in doctrina iuris cit. Cap. V. §. 46. Not. 20. pag. 304.

18) *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVI. Cap. 2. §. 2. pag. 867. VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. I. Lib. XXII. Tit. I. §. 25. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XXII. Tit. I. §. 52. HOMMEL in Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 137. nr. 2. MEISTER cit. Diss. de notione morae §. 64. HOFACKER in Princip. iur. civ. cura GMELIN contin. Tom. III. §. 1825.

19) *L.* 3. *pr. L.* 32. *pr. et* §. 1. *D. de Usuris. L.* 24. §. *ult. D. eodem. L.* 17. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 5. *D. de reb. credit. L.* 23. *D. de Verbor. obligat. L.* 4. *D. de pign. act. L.* 10. *Cod. de pignorib.*

oder desselben Bevollmächtigten [20]) dem Schuldner selbst [21]) geschehen müsse, verordnen die Gesetze deutlich, indem sie die dem Knecht des abwesenden Schuldners geschehene Denuntiation für unzulänglich halten [22]). Es ist daher wohl ausser Zweifel, daß wenn die Aufforderung nicht dem Schuldner selbst, sondern desselben Procurator oder Domestiken geschehen, solche ohne rechtliche Wirkung sey, wenn nicht der Gläubiger beweisen kann, daß sie zur Wissenschaft des Verpflichteten gelangt sey [23]). In solchem Falle ist eine Wiederholung der geschehenen Erinnerung allerdings anzurathen, obwohl, wenn die Aufforderung dem Schuldner selbst geschehen, eine einmahlige Interpellation ohnstreitig für hinreichend zu halten ist [24]). Soviel nun II) die

20) *L. 4. in fin. D. de Usuris.*

21) Der Schuldner muß aber freylich eine Person seyn, die Zahlung leisten kann. Ist daher der Schuldner ein Pupill, so muß die Erinnerung an die Zahlung dem Vormunde desselben geschehen. *L. 24. et L. 49. §. 2. D. de Verbor. obligat. L. 5. §. 20. D. Ut in possession. legator.* S. *Ioan.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Lib. V. Quaestion. *Scaevolae* Tract. V. ad L. 127. D. de Verbor. obligat. §. 21 — 23. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 448. und WEHRN c. l. §. 46. Not. 15. p. 303.

22) L. 32. §. 1. *D. de Usuris.* MEISTER de notione iurid. morae §. 66.

23) *L. 20. §. 11. D. petit. hereditat.* S. VOET in Comm. ad Pandect. cit. loc. §. 25.

24) L. 32. *D. de Usur.* L. 26. *D. soluto matrim.* Diesen sind auch die *L.* 122. §. 3. *D. de verbor. obligat. L.* 38. *D. de Minorib.* und *L.* 59. §. 5. *D. mandati* nicht entgegen. Denn wenn darin von wiederholten Interpellationen die Rede ist, so gehört dieß bloß zum Factum, aber nicht zum ius, wie auch *Ger.*

II) die moram des Gläubigers [25]) anbetrift, so ist, um den Anfang derselben richtig zu bestimmen, ein Unterschied zu machen, ob der Schuldner ein Factum zu leisten, oder eine Sache zu geben verpflichtet ist. Im erstern Falle ist die bloße wörtliche Erklärung des Schuldners, daß er zur Leistung des versprochenen Factums bereit sey, wenn solche der Gläubiger ohne rechtmäßige Ursache verzögert, hinreichend, den letztern in moram zu versetzen [26]). In dem andern Falle hingegen kommt es wieder darauf an, ob die schuldige Sache eine bewegliche oder eine unbewegliche ist. Ist ersteres, so erfordert man, daß die schuldige Sache dem Gläubiger wirklich, und nicht mit bloßen Worten, auch auf die gehörige Art, also das Geld in der schuldigen Quantität und Qualität, ferner zur rechten Zeit und am gehörigen Orte in der Absicht angeboten worden sey, um die Schuld auf der Stelle abzutragen [27]), der Gläubiger

Ger. NOODT de foenore et usuris Lib. III. cap. 9. VOET c. l. und WEHRN c. l. §. 46. Not 21. bemerkt haben.

25) S. *Roman.* TELLER Diss. de mora creditoris. *Lipsiae* 1765.

26) *L.* 39. *D. de Reg. iur.* In omnibus caussis *pro facto* accipitur id *in quo per alium morae fit, quominus fiat.*

27) *L.* 72. *pr. D. de solutionib.* L. 39. *D. eod. L.* 73. §. *ult. D. de verbor. obligat. L.* 122. *pr. D. eodem. L.* 9. §. *ult. D. de pign. action. L.* 6. *et L.* 19. *C. de Usuris. Nov.* 91. *cap.* 2. Alle diese Stellen beweisen, deucht mir, hinlänglich, daß, wenn die schuldige Sache eine bewegliche ist, eine oblatio realis erfordert werde, obwohl es dennoch nicht an Rechtsgelehrten fehlt, welche eine oblationem verbalem für eben so wirksam halten wollen; Z. B. TELLER cit. Diss. §. 7. Andere aber

ger aber dennoch die Annahme derselben aus unerheblichen Gründen verweigert habe[28]). Daß die schuldige Sache gerichtlich, oder an einem andern sichern Orte deponiret werde, ist zwar, wenn der Schuldner von aller Verbindlichkeit frey seyn will, allerdings anzurathen, aber, um der Gläubiger in moram zu versetzen, nicht schlechterdings erforderlich[29]); so wie denn auch nach deutlicher Verordnung der Gesetze die Wirkungen der morae auf Seiten des Gläubigers allerdings eintreten können, wenn gleich die Anerbietung der Schuld dem Gläubiger nicht selbst, sondern desselben Procurator, insofern nämlich derselbe Zahlungen anzunehmen bevollmächtiget war, geschehen seyn sollte[30]), obwohl Pufendorf[31]) der Meynung ist, daß in einem solchen Falle dem Schuldner der Beweis obliege, daß der

aber ihr wenigstens in gewissen Fällen die Wirkung einer morae beylegen, wie *Ge.* SCHULTZ in Tract. de oblatione, obsignatione, ac depositione pecuniae seu rei debitae. (*Vitemb.* 1632. 12) Cap. VIII. und STRYK in Us. Mod. Pandectar. Lib. XLVI. Tit. III. §. 16.

28) MEVIUS Part. II. Decis. 200. et 201. NETTELBLADT in Systema elem. Iurisprud. positiv. Germ. comm. general. §. 310. HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1826.

29) *L.* 73. §. 2. *D. de Verb. Oblig.* *L.* 72. *pr.* *D. de Solut.* VOET in Comment. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLVI. Tit. III. §. 28. et 29. TELLER cit. Diss. §. 8. WEHRN cit. doctrina §. 46. Not. 6. pag. 299. Allein wegen der *L.* 6. *L.* 19. *C. de Usur.* *L.* 9. *C. de Solut.* und *Nov.* 91. *cap.* 2. wollen doch viele Rechtsgelehrten die Deposition für nöthig halten. S. NETTELBLADT a. a. O.

30) *L.* 11. *et* 12. *D. de pact.* *L.* 34. §. 3. *D. de Solut.* MEVIUS P. VI. Decis. 121. TELLER cit. Diss. §. 3. pag. 19. sq.

31) Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 168.

der Gläubiger von der geschehenen Anbietung der Zahlung Wissenschaft erlangt habe[32]. Sollte es etwa noch an der Berechnung und Auseinandersetzung der Schuld liegen, weßhalb der Schuldner keine Zahlung leisten kann, ohnerachtet er dazu bereit ist, so kann letzterer seinen Gläubiger zur constitutio liquidi auffordern. Ist nun derselbe dennoch saumselig, so hat diese mora creditoris wenigstens die Wirkung, daß der Schuldner von der Zeit der geschehenen Provocation an keine Zinsen weiter bezahlen darf[33]. Ich komme nun auf den letztern Fall, wenn nämlich eine unbewegliche Sache den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, hier nimmt die mora des Gläubigers von der Zeit an ihren Anfang, da der Schuldner demselben mit Worten mündlich oder schriftlich bekannt gemacht hat, daß er zur Uebergabe des Grundstücks bereit sey, und solches hierauf wirklich geräumt hat[34].

Ob übrigens in einem vorkommenden Falle eine mora wirklich vorhanden sey, ist eine Frage, die freylich, wie Divus Pius dem Tullius Balbus rescribirte[35], mehr facti als iuris ist, und daher auf rechtlichem Beweise beruhet, welcher demjenigen aufzulegen ist, der sich darin gründet.

§. 330.

32) Man sehe auch DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVI. Cap. 13. §. *Pro creditore autem* etc. pag. 908.

33) *L. fin. Cod. de Usur. pupillar.* SCHULTZ in Tract. cit. de oblatione etc. Cap. VIII. Cas. 2.

34) DONELLUS cit. loc. §. *Oblatio debiti sola* etc. in fin. COCCEJI D. de mora §. 18. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 755. in fin.

35) *L. 32. pr. D. de Usuris.*

§. 330.

Wirkungen der morae.

Die mora hat nun mancherley rechtliche Wirkungen. I) Auf Seiten des Schuldners bestehen sie darinn. a) Die Verbindlichkeit des Schuldners wird durch Verzögerung perpetuirt[36]), das heißt, die mora des Schuldners macht, daß die Verbindlichkeit desselben fortdauert, welche ausserdem ihrer Art nach erloschen seyn würde[37]). Die Folge davon ist, daß wenn etwa die schuldige Sache zu Grunde gehen sollte, nachdem es an dem Schuldner gelegen, sie dem Gläubiger zu überliefern, ersterer nicht, wie sonst ein debitor speciei, durch den Untergang derselben von seiner Verbindlichkeit befreyet wird, sondern das Interesse leisten muß[38]). Es wird aber auf sol-

che

36) *L.* 91. §. 3. *D. de Verbor. obligat*, Veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. *L.* 24. *in fin. D. de Usuris.* Cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem.

37) NETTELBLADT in System. element. iurisprud. positivae Germ. commun. §. 311.

38) *L.* 82. §. 1. *D. de verbor. obligat.* Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus, proinde ac si homo viveret. *L.* 39. §. 1. *D. de Legatis I.* Si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur. Ausserdem werden in der *L.* 91. §. 6. *D. de verbor. obligat.* auch noch andere Wirkungen von dieser Perpetuirung der Verbindlichkeit des Schuldners angeführt. Z. B. man kann sich dieser Verbindlichkeit wegen zur Sicherheit einen Bürgen stellen lassen, auch deßhalb eine Novation eingehen, d. i. die Verbindlichkeit ändern, und sie in eine andere verwandeln. S. DONELLUS in Comment. ad h. L. pag. 325.

che Art nicht nur die Hauptverbindlichkeit des Schuldners, sondern auch die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen perpetuirt, als welcher für die Folgen des Verzugs ebenfalls haften muß [39]). b) Nicht nur die Früchte und Zinsen [40]), sondern auch alles übrige gegründete Inter-

39) *L.* 58. §. 1. *D. de fideiussor.* Cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris durat obligatio: veluti si moram fecit in Sticho solvendo, et is decessit. *L.* 88. *D. de verbor. obligat.* Mora rei fideiussori quoque nocet. Sed si fideiussor servum obtulit, et reus moram fecit; mortuo Sticho fideiussori succurrendum est. Add. *L.* 91. §. 4. *D. eod. et L.* 24. §. 1. *D. de Usuris.* Cum reus moram facit, et fideiussor tenetur. Die Regel: unicuique sua mora nocet (*L.* 173. §. 2. *D. de Reg. iur.*) findet also hier eine Ausnahme, wie auch *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Lib IV. Quaestion. *Scaevolae* Tract. IV. *ad L.* 44. *D. de bon. libertor.* §. 6. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 426.) bemerkt hat; obwohl einige Rechtsgelehrten jene Verordnungen des Röm. Rechts überhaupt nur darauf einschränken wollen, wenn dem Bürgen die Zögerung des Schuldners ebenfalls rechtlich beygemessen werden kann, wie z. B. WEHRN in doctrina iuris cit. Cap V. §. 48. pag. 328. So viel ist indessen richtig, daß dem Bürgen der Verzug des Schuldners eigentlich nur insofern schadet, als die Hauptverbindlichkeit dadurch perpetuirt, nicht aber insofern sie dadurch zugleich vergrößert wird, wie die *L.* 8. *D. de eo quod certo loco* ganz deutlich sagt, es wäre denn, daß der Bürge sich auch auf diesen Fall, und also in omnem causam, ausdrücklich verpflichtet hätte. Man vergleiche *Io.* CORASII Miscellan. iuris civ. Lib. II. cap. 12. und *Io. Matth.* MAGNI Rationum et Differentiar. iuris civ. Lib. I. cap. 19. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 288.)

40) *L.* 3. *pr. L.* 17. §. 3. *et* 4. *L.* 32. §. 2. *L.* 34. *L.* 41. *pr. D. de Usuris.*

Interesse[41]), oder, wie die Gesetze sich ausdrücken, omnis causa[42]), muß von dem saumseligen Schuldner dem Gläubiger vergütet werden. Nach Römischen Rechten fand zwar dieses nur bey den iudiciis bonae fidei statt[43]), in welchen der iudex pedaneus wegen des Verzugs Zinsen zuerkennen konnte[44]), nicht aber in den iudiciis stricti iuris, auch nicht beym Darlehn[45]). Allein dieser Unterschied fällt heutiges Tages weg[46]).

c) Ist

41) *L.* 114. *D. de Verbor. obligat. L.* 19. *D. de peric. et commodo rei vendit.* (S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht und Miethcontract. §. 558) *L.* 68. *D. de rei vindicat. L.* 2. §. *ult. D. de eo, quod certo loc. L.* 3. §. 1. *D. commodati.*

42) *L.* 17. §. 1. *D. de Rei vindicat.* Idem IULIANUS eodem libro scribit, si moram fecerit in homine reddendo possessor, — non solum fructus, sed etiam *omnem causam* praestandam: et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus. *L.* 8. §. 6. *D. de precario.* Ubi moram quis fecit precario, *omnem causam* debebit constituere. Was *omnis causa* bedeutet, wird übrigens in der *L* 20. *D. de Rei vindicat.* und *L.* 35. *D. de verbor. signific.* erklärt.

43) *L.* 13. *Cod. de Usuris.* In bonae fidei iudiciis — usurarum rationem haberi certum est. *L.* 2. *C. depositi.* Usurae in depositi actione, *sicut in caeteris bonae fidei iudiciis*, ex mora venire solent.

44) Quia tantundem *in bonae fidei iudiciis* officium iudicis valebat, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio, wie *L.* 7. *D. de negot. gest.* sagt. Siehe auch *L.* 24. *circa fin. D. depositi.*

45) Siehe den ersten Abschnitt dieses IV. Bandes §. 310. S. 249.

46) S. Abschied des Deputations-Tages zu Speyer *de an.* 1600. §. 139. (in der neuen Samml. der Reichsabschie-

c) Ist insonderheit auf den Fall, da die Erfüllung des Versprechens nicht zur bestimmten Zeit erfolgen würde, eine Geldstrafe ausbedungen worden, so ist auch diese verwirkt, sobald der Schuldner in moram gerathen [47]). d) Der debitor muß ferner von nun an die Gefahr der Sache übernehmen [48]), und hat daher von der Zeit an, wie sich von selbst verstehet, auch einen größern Grad der culpae zu prästiren, als vorher [49]), da er sogar den casum tragen muß. Ob aber die Verbindlichkeit zur Vertretung des sich ereignenden Unglücksfalles alsdann aufhöre, wenn der saumselige Schuldner beweisen kann, daß die Sache bey dem Creditor nicht minder würde zu Grunde gegangen seyn, ist sehr streitig. Schon unter den alten Römischen Rechtsgelehrten waren hierüber die Meinungen getheilt, wie aus der Controvers erhellet, welche Paulus [50]) erzählt, wer nämlich bey der Erbschaftsklage den Casum trage? wo er die Meinungen des Proculus und Cassius mit einander vergleicht [51]). Dieser Streit dauerte unter den alten Glossa-

de Th. III. pag. 494.) STRYK in Uſ. mod. Pandectar. Tit. de Uſuris §. 7. Struben in den rechtl. Bedenken III. Th. Bed. 94. WEHRN cit. doctrina iuris §. 48. Not. 45. pag. 342.

47) *L. 23. pr. D. de receptis. L. 47. D. de action. emti venditi.* L. 23. *D. de verbor. obligat.*

48) *L. 5. D. de rebus credit.* Siehe §. 327. S. 394. dieses Commentars.

49) *L. 8. §. 6. D. de precario. L. 14. §. 11. D. de furtis.* WEHRN c. l. §. 48. pag. 339.

50) *L. 40. pr. D. de heredit. petit.*

51) Man vergleiche hier vorzüglich *Guil.* PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de Reg. iuris Cap. XXVII. §. 23—29. (in *Theſ. Meer-*

Glossatoren, besonders dem **Martinus** und **Johannes** fort, von denen letzterer die aufgeworfene Frage verneinend, ersterer hingegen bejahend entschied [52]); und unter den neuern Rechtsgelehrten ist besonders **Heinrich Coccejus** [53]) derjenige, welcher aus dem Grunde, weil die mora ein Delict sey [54]), Niemandem aber sein eigenes Vergehen zu statten kommen dürfe [55]), behaupten will, daß der debitor morosus schlechterdings für den Schaden haften müsse, die Sache möge zu Grunde gegangen seyn, auf welche Art sie wolle. Allein wenn gleich die Gesetze den Verzug des Schuldners an sich allerdings als unerlaubt und widerrechtlich ansehen, so unterscheiden sie doch übrigens sehr genau zwischen einer mora, die gleich Anfangs in rem, das ist, durch ein solches Delict bewirkt worden, in Rücksicht dessen der Schuldner die sich angemaßte Sache keinen Augenblick rechtmäßig besitzen konnte, z. B. wenn er die Sache gestohlen oder geraubt hat; und einer solchen mora, die ein Delict von der Art nicht zum Grunde hat; und verordnen zwar in dem erstern Falle, daß ein Dieb oder Räuber aus dem Grunde, quia semper in restituenda re, quam nec de-

 buit

Meermann. Tom. III. pag. 543.) wo er die Meinungen der Sabinianer und Proculianer ausführlich recensirt. Man sehe auch *Gottfr.* MASCOV in Diatr. de sectis Sabinianorum et Proculianorum Cap. IX. §. 6. pag. 166. sqq.

52) S. *Io. Aug.* REICHARDT Diss. de casu obligationem tollente. §. 5.

53) in Diss. de mora *Heidelbergae* 1685. Thes. 27.

54) *L. 82. D. de verbor. obligat.*

55) *L. 37. D. mandati.*

In Absicht auf die Deposition, welche im Gericht geschehen soll, bemerke ich nur noch, daß sie zwar den competenten Richter[74]), aber keine weitern Förmlichkeiten erfordert. Es ist daher genug, wenn nur der Schuldner dem Richter das Geld aufzählt, und dann versiegelt bey ihm niederlegt, daß aber auch der Gläubiger ad videndum deponi citirt werde, ist wenigstens nach dem gemeinen Rechte nicht nothwendig[75]).

b) Die

74) *L. 19. Cod. de Usuris:* wo es heißt: ubi *competens iudex* de ea re aditus disposuerit. Es ist daher, wenn der Ort der Zahlung bestimmt ist, die gerichtliche Deposition billig bey dem Richter dieses Orts zu bewirken, weil sie die Stelle der Zahlung vertreten soll. Dieß ist unstreitig der Sinn der *L. 9. Cod. de Solut.* wo es heißt: Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, *si eo loco, quo debetur,* solutio (id est depositio) fuerit celebrata, wie Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen I. Bandes 4. Th. Decis. 134. nr. 6 — 9. S. 973. f. gezeigt hat. Ausser diesem Falle aber ist der iudex debitoris als der competente Richter anzusehen, bey dem die Deposition zu bewirken ist. *Est enim debitor instar rei censendus, cuius forum creditor, quasi provocatus, sequi tenetur.* S. STRYK in Us. Mod. Pandect. Lib. XLVI. Tit. III. §. 17. KNORRE D. de obsignatione iudiciali Cap. V. §. 3. und *Franc.* TIDEMANN in Diss. de depositione debiti iudiciali, eiusq. effectibus. *Goett.* 1776. §. 8.

75) S. *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1047. und TIDEMANN cit. Diss. §. 13. Da indessen mehrere Rechtsgelehrten die Citation des Gläubigers ad videndum deponi für nöthig halten wollen, z. B. MEVIUS Tom. II. P. VI. Obs. 121. LAUTERBACH in Colleg. Pandectar. Lib. XLVI. Tit. III. §. 43. Höpfner im Commentar §. 982. so ist es wenigstens rathsam, sie nicht zu unterlassen.

b) Die mora creditoris macht ferner, daß bey einem Bilateralvertrage dem Kläger die exceptio non adimpleti contractus nicht entgegen gesetzt werden kann, wenn er seiner Seits zur Erfüllung des Contracts bereit war, und bloß durch die widerrechtliche Verweigerung des Beklagten daran behindert worden ist[76]. Eine Hauptwirkung dieser morae accipiendi ist jedoch

c) die, daß der Creditor fernerhin die Gefahr der Sache tragen muß[77], und daher auch von nun an den hohen Grad der Sorgfalt wegen derselben dem Debitor nicht weiter zumuthen kann, welchen dieser sonst nach der Natur des Contracts hätte vertreten müssen[78], wenn er auch schon die Sache ferner in seinen Besitz behält. Der Debitor wird daher durch den Untergang der Sache, nicht anders, als ob er die Schuld entrichtet hätte, von seiner Verbindlichkeit frey[79], wofern nicht der Creditor beweisen kann, daß

76) *L.* 23. *L.* 25. *D. de act. emti et vend. L.* 9. §. 5. *D. de act. pignor. L.* 11. *Cod. de Usur.* Es ist jedoch nöthig, daß der Kläger diesen Umstand in seiner Klagschrift anführe, daß er nämlich zur Erfüllung seiner Schuldigkeit bereit gewesen, der Beklagte aber ohne Grund dieselbe ausgeschlagen habe. S. HELLFELD. cit. Diss. §. 10.

77) TELLER in Diss. de mora creditoris §. 9.

78) *L.* 17. *D. de peric. et comm. rei vend. L.* 9. *D. soluto matrimonio.*

79) *L.* 72. *pr. D. de Solution.* Qui decem debet, si ea *obtulerit* creditori, et ille *sine iusta causa* ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa *perdiderit*; doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit. Etenim *non est aequum teneri, pecunia amissa: quia non teneretur,*

daß ein dolus oder eine culpa lata des debitoris daran Schuld gewesen [80]) Diese Wirkung findet statt, wenn auch auf die geschehene Anbietung der schuldigen Sache keine Deposition erfolgt wäre, es mag die Sache in einer Species oder in einer Quantität bestehen [81]). Wenn ich daher meinem Gläubiger die Zahlung auf rechtserforderliche Art dargeboten, und dieser selbige anzunehmen ohne erhebliche Ursache verweigert hat, dann aber ein Unglücksfall mir das dargebotene Geld raubt, so fällt dieser Verlust auf meinen Gläubiger, weil derselbe vermieden worden wäre, wenn er mir nicht unnütze Schwierigkeiten gemacht hätte [82]).

Es kann geschehen, daß beyde, creditor und debitor, sich einer wechselseitigen Zögerung schuldig machen. Hier sind eigentlich zwey Fälle denkbar. Es können erstlich beyde Theile zu gleicher Zeit in moram verfallen. Man

retur, si creditor accipere voluisset. Quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Et sane si servus erat in dote, eumque obtulit maritus, et is servus decessit; aut nummos obtulit, eosque, non accipiente muliere, perdiderit: ipso iure desinet teneri.

80) Die angeführte *L.* 17. *pr. D de peric. et comm. rei venditae* so wie auch die *L.* 5. *D. eod.* gedenken zwar nur des Dolus; allein daß unter dem dolo malo auch die culpa lata mit begriffen sey, wenn es blos auf Schadensersatz ankommt, ist schon bey mehreren Gelegenheiten erinnert worden. Man sehe übrigens Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht und Miethcontract §. 575. S. 433. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1828.

81) *L.* 73. §. 2. *et L.* 105. *D. de Verbor. obligat.* VOET in Comm. ad Pandect. T. II. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 28.

82) *L. cit.* 72, *pr. D. de Solut.*

Man nehme z. B. den Fall an, es sey ein Kaufcontract geschlossen, und die Uebergabe der Sache auf einen Tag und an einem bestimmten Orte verabredet worden; es hätte sich aber zu der Zeit keiner von beyden Theilen an dem bestimmten Orte eingefunden; was ist Rechtens? Hier findet eigentlich eine Compensation statt, und es ist eben so gut, als wenn kein Theil in mora wäre [83]). Zwar scheint Ulpian [84]) ein anderes zu lehren, wenn er in dem angeführten Rechtsfalle sagt, daß der Käufer allein den Verzug zu vertreten habe, weil es dem Verkäufer bey dem Ausbleiben des Käufers doch nichts geholfen haben würde, wenn er sich auch mit der Sache an dem bestimmten Ort eingefunden hätte. Allein er will nur so viel sagen, der Käufer behalte die Gefahr der Sache auf sich, welche er allemahl nach richtig gewordenem Handel übernehmen muß; eben so gut, als ob der Verkäufer sich nie einer morae schuldig gemacht hätte [85]). Zweitens kann nun auch die Säumniß beyder Theile zu verschiedenen Zeiten entstehen. Man stelle sich z. B. vor, daß zu einer Zeit der Verkäufer die Uebergabe, zu einer andern aber der Käufer die Uebernahme der Sache verzögerte. In diesem Falle kommt zwar keinem Theile seine Verzögerung zu statten [86]); allein es wird auch nur auf die rechtlichen Fol-

83) WEHRN cit. doctrina iuris §. 48. pag. 330. in fin. et sq.

84) *L. 51. princ. D. de action. emti vend.* Si et per emtorem et venditorem mora fuisset, quominus vinum praeberetur et traderetur: perinde esse ait, *quasi si per emtorem solum stetisset.* Non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse, ipso moram faciente emtore.

85) Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, und Miethcontracte. §. 576.

86) *L. 37. in fin. D. de mandati.* Etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Folgen des spätern Verzugs Rücksicht genommen, wenn in dem Zeitpuncte, da derselbe angefangen hatte, der Schade erfolgt wäre [87]); nur muß freylich nicht etwa der eine Contrahent an der mora des andern Theils selbst Schuld, und in dolo seyn [88]). Denn sobald die mora des Ersteren durch Oblation der Schuld purgirt ist, fallen auch die Folgen derselben weg. Uebrigens bemerke ich nur noch, daß die mora auf mancherley Art purgirt, das ist, für denjenigen, welcher dieselbe zu Schulden kommen ließ, unschädlich und wieder gut gemacht werden kann [89]). I) Auf Seiten des Schuldners wird der Verzug purgirt, a) wenn er, so lange noch res integra ist, das ist, so lange

87) *L. 17. D. de peric. et comm. rei vend.* Quodsi per venditorem mora fuerit: LABEO quidem scribit, emtori potius nocere, quam venditori, moram adhibitam. Sed videndum est, *ne posterior mora damnosa ei sit.* Quid enim, si interpellavero venditorem, et non dederit id, quod emeram: deinde posteriore offerente illo, ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emtorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere: aequum est, *posteriorem moram venditori nocere.*

88) *L. 51. §. 1. D. de action. emti vend.* Quodsi fundum emisti ea lege, uti des pecuniam Kalendis Iuliis: etsi ipsis Kalendis per venditorem esset factum, quominus pecunia ei solveretur, deinde per te staret, quominus solveres: uti posse adversus te lege sua venditorem dixi; quia in vendendo hoc ageretur, ut quandoque per emtorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis poenam patiatur. Hoc ita verum puto, *nisi si quid in ea re venditor dolo facit.*

89) *Sam.* STRYK Disp. de purgatione morae. *Frfti ad Viadr.* 1667. und *Cypr. Regner. ab* OOSTERGA Diss. de eod. arg. *Ultrajecti* 1671.

ge noch die Erfüllung der Verbindlichkeit für den Creditor nützlich seyn kann, die Zahlung der Schuld, oder die Leistung des versprochenen Factums offerirt[90]). b) Wenn der Gläubiger dem Schuldner die Zögerung remittirt, und ihm von neuen Frist giebt. c) Wenn er mit dem Schuldner eine Novation eingeht[91]). d) Wenn der debitor wegen des ihn beschuldigten Verzugs rechtmäsige Entschuldigungsgründe anführen kann[92]). Non enim in mora est is, sagt Paulus[93]), a quo pecunia propter excep-

90) *L. 73. §. ult. D. de Verbor. Obligat.* Stichi promissor, *post moram offerendo,* purgat moram: certe enim doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit. L. 84. D. *eodem.* Si insulam fieri stipulatus sim, et transierit tempus, quo potueris facere: *quamdiu litem contestatus non sim,* posse et facientem liberari placet: *quodsi iam litem contestatus sim, nihil tibi prodesse, si aedifices;* nämlich wenn dem Creditor nun nicht mehr daran gelegen ist, daß das Haus erbauet werde. *Insulae* hiessen bey den Römern aedes singulae, separatae a vicinis wie *Ge* D'ARNAUD in vitis Scaevolarum (*Trajecti ad Rhen.* 1767. 8.) §. 21. pag. 66. dieses Wort sehr richtig erklärt. Hierher gehören auch noch die L. 91. §. 3. und L. 137. §. 3. D. *de Verbor. obligat.* Ferner die *L. 72. pr. D. de Solut.* und *§. ult. I. de perpet. et tempor. act.*

91) *L. 8. pr. D. de Novation.* Si Stichum dari stipulatus fuerim, et cum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero: desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata. L. 15 D. *eodem.* Si creditor poenam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset: *novatione facta,* non committitur stipulatio. Add. L. 14. *et L. 31. D. eod.*

92) *L. 21. L. 22. et* L. 23. *D. de Usuris.*

93. *L. 40. D. de rebus credit.* Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1830.

exceptionem peti non potest. Endlich wird auch e) die mora des Schuldners durch ein jedes Factum purgirt, wodurch die Schuld selbst getilgt wird. Sublato enim debito, liberatio a mora quoque contingit[94]).

II) Die mora creditoris hingegen wird purgirt, wenn er durch rechtmäsige Interpellation des Schuldners erklärt, daß er nun zur Annehmung der Zahlung bereit sey[95]).

§. 331.

Findet des Verzugs wegen eine besondere Klage statt?

Daß wegen der aus einem Verzuge entstehenden Verbindlichkeit nach dem Römischen Rechte eine eigene besondere Klage nicht statt finde, ist bekannt. Denn was der Creditor wegen der Saumseligkeit des Schuldners zu fordern hatte, wurde ihm bloß incidenter, mittelst der wegen der Hauptschuld erhobenen Klage iudicis officio zuerkannt[96]). War nun also durch Bezahlung der Schuld, oder durch Compensation, oder durch Präscription die Hauptklage des Gläu-

94) COCCEJI Diss. de mora Thes. 38. WEHRN cit. doctrina iuris §. 48. Not. 2. pag. 325.

95) STRYK cit. Diss. Cap. II. nr. 25. et Cap. III. nr. 48. und NETTELBLADT in Syst. elem. iurisp. posit. Germanor. §. 313.

96) *L. 49. §. 1. D. de action. emti vend.* Pretii *sorte*, licet post moram *soluta*, *usurae peti non possunt*, cum hae non sint in obligatione, (das heißt, sie haben kein besonderes Fundament, daß sie könnten principaliter et separato processu mittelst einer eigenen Klage gefordert werden) sed *officio iudicis praestentur.* Add. *L. 54. pr. D. locati*, und *L. 8. D. de eo quod certo loco.*

Gläubigers erloschen [97]), so mußte auch die accessorische Verbindlichkeit zur Prästation der Zinsen, der Früchte, und des übrigen Interessel vermöge einer nothwendigen Folge wegfallen [98]). Ob von diesen Grundsätzen des Römischen Rechts noch heutzutage Gebrauch zu machen sey, ist nicht ganz ausser Zweifel. **Westphal** [99]) will wenigstens dieß alles für eine bloß Römische Aengstlichkeit halten, und meint, daß es bey uns nach der Regel gehe: ubi non deficit ius, ubi non deficit actio. Allein die

97) *L. 4. Cod. depositi.* Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras deberi praestare. Sed si, cum depositi actione expertus es, tantummodo sortis facta condemnatio est: ultra non potes propter usuras experiri. *Non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una;* ex qua condemnatione facta, iterata actio rei iudicatae exceptione repellitur. Add. *L. 13. et L. 26. Cod. de Usuris.* In dem letztern Gesetz heißt es: Eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum, sive personali sive hypothecaria, ceciderunt, iubemus, *non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem,* dicendo, ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad triginta vel quadraginta praeteritos annos referuntur, asserendo singulis annis earum actiones nasci: *principali enim actione non subsistente, satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere.*

98) *L. 129. §. 1. et L. 178. D. de Reg. iuris.* Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.

99) Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht und Miethcontract. §. 557.

die Zeugnisse der besten praktischen Rechtsgelehrten[100]), welche in ihren Erkenntnissen jene Römische Rechtsgrundsätze befolgt haben, stimmen mit dieser Meinung nicht überein. Es ist indessen allerdings Behutsamkeit nöthig, um von den vorgetragenen Grundsätzen keinen unrichtigen Gebrauch zu machen. Denn so hat man a) darauf wohl Acht zu geben, ob auch die Hauptschuld wirklich getilgt sey, welches nicht durch eine jede Solution, sondern nur durch eine solche bewirkt wird, wodurch dem Gläubiger, wenigstens in Ansehung der Hauptforderung, ein völliges Genüge geschehen ist [1]). Ferner b) versteht es sich auch, daß wenn durch den Verzug des Schuldners die Hauptverbindlichkeit perpetuirt wird, auch die Hauptklage wegen der daher entstehenden accessorischen Verbindlichkeit ad interesse fortdauernd bleibe. Endlich c) ist auch hier auf Billigkeit Rücksicht zu nehmen [2]). Hat daher der debitor bey seiner mora

100) MEVIUS Part. I. Decis. 219. et Part. III. Decis. 420. BERGER in Oeconom. iuris Lib. II. Tit. 2. Thes. 34. Not. 9. WERNHER in Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 377. Struben in den rechtlichen Bedenken I. Th. Bed. 63. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Casselan. Tom. II. Decis. 234. nr. 7. sqq. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 221. nr. 7. Fratr. Becmannorum Consilia et Decision. Part. II. Decis. 51. nr. 18. sqq. pag. 105. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCXLIII. Med. 5. et 6. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien Nr. LVIII. u. a. m.

1) *L.* 3. §. 1. *D. commodati.* Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi, quod interest, praestetur. Proprie enim dicitur *res non reddita,* quae deterior redditur. Add. *L.* 13. §. 1. *L.* 14. *pr. et L.* 75. *D. de Verbor. Significat.*

2) WEHRN cit. doctrina iuris. §. 49. pag. 348.

mora sich eines Dolus schuldig gemacht, so wird dem Creditor, wenn auch schon die Hauptschuld getilgt, und die Zahlung von ihm ohne Protestation und Reservation wegen der Verzugszinsen angenommen worden ist, dennoch wegen des Interesse die actio doli billig zu gestatten seyn [3]).

§. 332.

Vom Interesse. Begriff und Eintheilung desselben.

Bey Verträgen muß auch oft ein Theil dem andern das Interesse vergüten, wie bereits bey mehreren Gelegenheiten bemerkt worden ist, daher ist nun noch die Materie vom Interesse hier abzuhandeln [4]). Unter dem In-

3) Bonae enim fidei convenit, a doloso damnum omnino praestari, atque in omnibus fraudem puniri, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit. *L.* 61. §. 3. *D. de Furtis.* *L.* 45. *pr. D. de iure fisci.* *L.* 1. §. 1. *D. de doli mali et met. except.* Et generaliter, cum de fraude disputatur, sagt Papinian in der *L.* 78. *D. de Reg. iur.* non quid habeat actor, *sed quid per adversarium habere non potuerit,* considerandum est. Wenn ausserdem noch einige Rechtsgelehrten der Meinung sind, daß dem Gläubiger wegen der Verzugszinsen alsdann eine besondere Klage zustehe, wenn er das Capital nur cum expressa protestatione angenommen, so ist diese Meinung von den *Fratr.* BECMANNIS in Consil. et Decis. P. II. Decis. 51. nr. 19. widerlegt worden.

4) Die besten Schriften sind *Io. Matth.* MAGNUS de eo, quod interest; (Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 294. sqq. *Gabr. de* GAST Comment. Tit. Cod. de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 762. seqq.) *Gabr.* LATIANI de eo, quod interest, Syntagma. *Lugduni* 1542. 4.) in *Thes.*

Interesse, (*id quod interest,*) wird nicht sowohl *aestimatio eius, quod laeso abest,* wie der Verfasser sagt, als vielmehr omne id ipsum, quod nobis abest, ob factum adversarii iniustum, sed ob id, quod adversarius vel fecit, quod non debebat, vel non fecit, quod debebat, verstanden, wie auch schon MAGNUS [5]), GAST [6]) und CATIANUS [7]) gegen den Begriff des Bartolus längst erinnert haben. Der Ausdruck *id, quod interest* wird überhaupt in unsern Gesetzen in mehr, als einer Bedeutung, gebraucht [8]). Im allgemeinen Sinne heißt Interesse aller Nachtheil, der dem Creditor daraus entstanden ist, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllet hat; oder noch deutlicher: aller Verlust, den Jemand durch die unrechtmäßige entweder vorsätzliche oder unvorsichtige Handlung eines andern erlitten, und dessen Ersatz zu verlangen, er ein vollkommenes Recht hat [9]).

Es

Thes. Meermann. Tom. VII.) *Hug.* DONELLUS ad legem Iustiniani de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur, s. liber de eo, quod interest. 1596. excus. et EIUSDEM *Commentar. de iure civili* Lib. XXVI. pag. 1367. iunct. und *Guil* MAAII Tract. de rei debitae aestimatione. *Lovanii* 1653. 4. Unter den neuern aber hat *Christ. Guil.* WEHRN in doctrina iuris cit. Cap. VI. pag. 349. usq. ad fin. diese Materie vorzüglich abgehandelt.

5) cit. Tr. Cap. 2.

6) cit. loc. pag. 762.

7) cit. Syntagm. Cap. 2.

8) Die verschiedenen Bedeutungen führt WEHRN cit. loc. §. 50. vollständig an.

9) *L.* 13. *pr. D. Rat. rem. haberi.* Si commissa est stipulatio, ratam rem dominum habiturum: in tantum competit, in quantum

Es wird also in dieser Bedeutung nicht allein der wirklich erlittene Schaden (damnum emergens), sondern auch der entgangene Vortheil (lucrum cessans) darunter begriffen [10]. Im eigentlichen Verstande aber ist das Id, quod interest, eine Art von accessio civilis der Hauptsache, wie Wehrn [11] gezeigt hat, und wird nicht nur dem schuldigen Gegenstand selbst, und dessen Werthe [12], sondern auch andern Accessionen, als der Con-

 ven-

tum mea interfuit: id est, *quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. L. 33. pr. D. ad Leg. Aquil.* In Lege Aquilia damnum consequimur, et *amisisse* dicemur, *quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur. L. 1. §. 41. D. de vi et vi arm.* Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur, verum ceterarum etiam utilitatum habenda est. Nam et VIVIANUS refert, in hoc interdicto *omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat* is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui, aut eorum litem a iudice aestimari debere: eumque tantum consecuturum, *quanti sua interesset*; se vi deiectum non esse. *L. 33. D. Locat.* Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohiberetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, *quanti eius interfuerit frui*, in quo etiam *lucrum eius* continebitur.

10) *L. un. Cod. de Sentent. quae pro eo, quod interest, proferunt*, wo Justinian sagt: Id, quod interest, non solum ex damno dato constare, sed etiam ex lucro cessante.

11) cit. loc. §. 50. und besonders §. 51. pag. 356. sqq.

12) *L. 1. §. 20. D. de tut. et ration. distrah.* Considerandum est in hac actione, utrum *pretium rei* tantum duplicetur, an etiam, quod pupilli *intersit*? Et magis esse arbitror, in hac actione, *quod interest*, non venire, sed tantum *rei aestimationem*. — *L. 11. §. 18. D. de action. emti vend.* Ex emto eum in hoc quidem non teneri, *quod emtoris interest*; verumtamen,

ventionalstrafe[13]), den Zinsen und Früchten entgegen gesetzt[14]). In dieser Bedeutung sagt Vinnius[15]): *Interesse*

tamen, ut *pretium reddat*, teneri. — *L.* 33. *D. Locati.* Quod hactenus verum erit, ut *pretium* restituas, non ut etiam id praestes, *si quid pluris mea intersit*, eum vacuum mihi tradi. Add *L.* 12. *Cod. de act. emti vend.* Vid. *Ant. Guib* COSTANI Quaestion. iuris memorabil. libr. cap. 4. nr. 6. (Tom. V. *Thes. Ottonian.* pag 386.) Daß auch ausser der schuldigen Hauptsache noch ein Interesse statt finden könne, beweißt besonders *L.* 114. *D. de Verbor. obligat.* Si fundum certo die praestari stipulor, et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur; consecuturum me, *quanti mea intersit.* moram facti non esse. Oft tritt jedoch das Interesse an die Stelle der schuldigen Hauptsache. *L.* 12. *D. de act. emti.* WEHRN c. I. §. 50. Not. 2.

13) §. *ult. I. de Verbor. obligat.* In stipulationibus factorum optimum erit, *poenam* subiicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, ac necesse sit actori probare, *quid eius intersit.* — *L. ult. D. S. quis in ius vocatus non ierit.* Cum quis in iudicio sisti promiserit, neque adiecerit *poenam*, si status non esset; incerti cum eo agendum esse in id, *quod interest*, verissimum est. Add. *L.* 68. *D. de Verbor. obligat.* Der Unterschied zwischen der **Conventionalstrafe** und dem **Interesse** bestehet besonders darin, daß erstere, dem Vertrage gemäß, bezahlt werden muß, quamvis nihil intersit. Poenam enim, sagt **Ulpian**, *L.* 38. §. 17. *D. de Verbor. obligat.* cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit: sed quae sit quantitas, quaeque conditio stipulationis. Ueberdem kann das **Interesse** immer noch gefordert werden, wenn sich dasselbe höher beläuft, als daß solches durch die Conventionalstrafe allein vergütet werden könnte. *L.* 28. *D. de act. emti et vend.* Ist dieses nicht, so vertritt die Strafe die Stelle des Interesse. *L.* 41. *D. pro Socio.* Endlich ist auch eine **Conventionalstrafe** immer eine

esse accipi specialiter pro eo, quod extrinsecus rei succedit vel accedit ob damnum acceptum, aut lucrum amissum. Endlich und in sensu specialissimo wird der Begriff vom Interesse bloß auf den wirklichen Schaden (damnum positivum), den Jemand durch die widerrechtliche Handlung des andern erlitten hat, eingeschränkt[16]).

ne gewisse Forderung, das Interesse aber nicht, weil bey Bestimmung desselben viel auf das arbitrium iudicis ankommt. *L. 24. D. de Reg. iur.* Quatenus cuius *intersit*, in *facto*, non in iure consistit. S. MAGNUS cit. loc. Cap. 4. pag. 300.

14) Der Unterschied zwischen den Zinsen und dem Interesse besteht darin. Letzteres hat allemal eine unrechtmäßige Handlung desjenigen, von welchem solches gefordert wird, zum Grunde; eine Zinsenforderung hingegen kann statt finden, obgleich der Zinsenzahler sich keiner fehlerhaften Handlung schuldig gemacht hat. Zinsen werden ferner nur in Ansehung einer schuldigen Quantität fungibler Sache bezahlt, dahingegen das Interesse auch wegen eines bey andern Dingen erlittenen Verlusts geleistet wird. S. *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de discrimine inter interesse et usuras. Es läßt sich daher von Zinsen auf das Interesse kein gültiger Schluß machen, wie MEVIUS Part VII. Decis. 2. n. 8. und Decis. 3 nr. 4. unrichtig behauptet, welchen deshalb *Paul. Guil.* SCHMID in Diss. selecta quaedam capita doctrina de lucro cessante et damno emergente (*Ienae* 1763.) §. 15. widerlegt. Nur die Usurae compensatoriae, quae ex mora debentur, vertreten die Stelle des Interesse. *L. 60. D. pro Socio. L. ult. D. de peric. et comm. rei vend. Rec. Deputat. Spir.* de anno 1600. §. 139. S. MAGNUS c. l. Cap. 4. pag. 301.

15) Selectar. iuris Quaestion. Lib. II. cap. 37.

16) *L. 71. §. 1. D. de furt.* Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet, quamvis usucapere quis possit: quia furti agere potest is, cuius interest, rem non

Soviel nun die unrechtmäsige Handlung des andern anbetrifft, durch die man einen Verlust erleidet, und welche das rechtliche Fundament des Interesse ausmacht[17]), so kann dieselbe, und also auch die Art des Verlustes oder das Interesse sehr verschieden seyn. Sie kann einmahl darin bestehen, daß uns ein Anderer unser Eigenthum zernichtet oder verdorben hat. Hier wird besonders der Schade, den man ausser der Sache, oder deren Werth erlitten hat, das Interesse genennt. Z. B. Wenn ein Pferd aus einem gleichen Zuge durch des andern Schuld getödtet worden, so besteht das Interesse darin, was dadurch der Werth des ganzen Zuges verlohren hat[18]). Wird bloß der wahre Werth der Sache, um die wir durch die Schuld des andern gekommen sind, an sich in Anschlag gebracht, so brauchen die Gesetze eigentlich den Ausdruck: id, quod interest, nicht; sondern sie bezeichnen vielmehr den wahren Werth

non subripi. *Interesse* autem eius videtur, *qui damnum passurus est*, non eius, qui lucrum facturus esset. *L.* 26. *D. de damno inf.* Multum interesse, *utrum damnum quis faciat*, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur. Add. *L. fin. D. de peric. et comm. rei vend. L.* 21. §. 3. *D. de action. emti.* Diese Stellen lehren jedoch, daß nur alsdann auf den vorgeblich entgangenen Gewinn keine Rücksicht zu nehmen sey, wenn entweder das lucrum iniustum, oder extra rem ist, so daß es mit dem facto alterius iniusto, woraus der Schade entstanden, keine nothwendige Verbindung hat; wie auch schon VINNIUS c. l. pag. 617. sqq. bemerkt hat.

17) WEHRN cit. loc. §. 53.

18) L. 22. §. 1. *D. ad L. Aquil.* — Si quis ex quadriga aut ex pari mularum unam occiderit, non solum peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, *quo caetera corpora depretiata sunt.* Add. §. 10. *I. eod.*

Werth der Sache durch die Formeln: quanti ea res est, oder quanti eam rem esse paret[19]). Indessen ist doch nicht zu läugnen, daß in unsern Gesetzen[20]) unter dem Ausdruck: quanti ea res est, auch zuweilen das sämtliche Interesse im allgemeinen Sinne verstanden werde. Zweytens kann uns ein Anderer auch insofern Schaden zufügen, und daher zur Leistung des Interesse verbunden seyn, daß er eine Verbindlichkeit, die ihm gegen uns obliegt, entweder gar nicht, oder nicht zu rech-

19) *L.* 179. *D de Verbor. signific.* Inter haec verba: *quanti ea res erit*, vel *quanti eam rem esse paret*, nihil interest: in utraque enim clausula placet, *veram rei aestimationem* fieri. *L.* 193. *D. eodem.* Haec verba: *quanti eam rem paret esse*, non ad id, quod interest, sed *ad rei aestimationem* referuntur. *L.* 4. §. *11. D. de vi bonor. raptor.* Haec autem actio in factum est, et datur in duplum, *quanti ea res erit*, quod ad *pretium verum rei* refertur. Vid. MAGNUS c. l. cap. 3. et WEHRN c. l. §. 51.

20) *L.* 4. §. 7. *D. de damno inf.* In eum, qui quid eorum, quae supra scripta sunt, non curaverit, *quanti ea res est*, cuius damni infecti nomine cautum non erit, iudicium datur: quod non ad quantitatem refertur, *sed ad id, quod interest*, et ad utilitatem venit, non ad poenam. *L.* 3. §. *ult. D. uti possidetis.* In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est*, sic accipimus, *quanti unius cuiusque interest*, possessione retinere, SERVII autem sententia est, existimantis, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est. Sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis. *L.* 1. §. 5. *D. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit.* Haec verba: *quanti ea res erit, ob quam in possessionem missus erit*, continent utilitatem creditoris, ut, quantum eius interest, possessionem habere, tantum ei, qui prohibuit, condemnetur.

ter Zeit, oder nicht an dem gehörigen Orte in Erfüllung bringt. Daher kann das Interesse entweder facti, oder temporis seu morae, oder loci seyn. Die Rechtsgelehrten theilen übrigens das Interesse noch auf mancherley Art ein. Sie unterscheiden nämlich 1) zwischen Interesse conventum, commune, und singulare, und nennen ersteres dasjenige, welches nach Maasgabe einer auf den Contraventionsfall verabredeten Geldstrafe bestimmt wird; commune, welches den gemeinen Werth der Sache, oder denjenigen Nutzen, welchen die Sache einem jeden Besitzer hätte gewähren können, nicht übersteigt; und singulare, bey dessen Bestimmung der ausserordentliche Werth in Anschlag kommt, welchen bloß der Beschädigte nach seiner besondern Vorliebe und nach gewissen zufälligen Verhältnissen der Sache beylegt. Allein schon Hugo Donellus [21]) hat das Unschickliche dieser Eintheilung hinlänglich dargethan, und es ist auch von mir oben bemerkt worden, daß das Interesse so wohl von einer Conventionalstrafe, als von dem Werthe der Sache selbst ganz verschieden sey, und nach Beschaffenheit der Umstände den letztern entweder übersteigen, oder auch weniger, als dieser, betragen könne [22]). Da indessen bey

21) in Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 15. Man sehe auch *Petr.* GRANGIANI Paradoxor. iuris civ. cap. 58. (Tom. V. *Thes. Ottonian* pag. 644.) *Gabr. de* GAST cit. Comment. pag. 763. und *Henr.* COCEJI Disp. de eo, quod interest. (*Heidelb.* 1679) §. 5.

22) *L* 9. §. 8. *D. ad exhibend.* Et ideo NERATIUS ait, utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: *Quae utilitas*, inquit, *interdum minoris erit*, quam res. *L.* 1. *pr. D. de*

bey Bestimmung des Interesse zuweilen allerdings auch die besondere Affection des zu Entschädigenden in Anschlag gebracht werden kann, vermöge welcher derselbe der ihm widerrechtlich entzogenen oder verdorbenen Sache aus wahrscheinlichen und vernünftigen Gründen einen idealen Vorzug vor allen andern Sachen gleicher Art beylegte [23]), wenn nämlich durch des andern dolum oder culpam latam der Schade entstanden ist [24]), obwohl übrigens in den meisten Fällen das Interesse des Klägers bloß nach den vorliegenden Umständen des Factums, wodurch ihm der Nachtheil zugefügt worden, ohne Rücksicht seiner besondern Vorliebe zur Sache, nach Vorschrift der Gesetze auszumitteln ist [25]); so läßt sich wenigstens in dieser Hinsicht die Einthei-

D. de act. emti et vend. Si res vendita non tradatur, in id, *quod interest*, agitur: hoc est, quod rem habere, interest emtoris. *Hoc autem interdum pretium egreditur*, si pluris interest, *quam res valet*, vel *emta est*.

23) *L. 54. pr. D. Mandati.* Placuit enim *Prudentioribus*, *affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam.*

24) L. 64. *D. de iudiciis.* *L.* 1. *L.* 5. §. 3. *D. de in litem iurando.* WEHRN c. l. §. 64.

25) *L.* 33. *D. ad Leg. Aquil.* Si servum meum occidisti, non *affectiones aestimandas esse puto*, (veluti si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles) sed quanti omnibus valeret. SEXTUS quoque PEDIUS ait, *pretia rerum non ex affectione, nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.* — Eben so sagt PAULUS *L. 63. pr. D. ad leg. Falcid.* Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed *communiter funguntur.* Einige Rechtsgelehrten halten diese Stelle für corrupt, weil die Redensart: *pretia rerum funguntur*, ganz ungewöhnlich sey. Haloander will daher *fingun-tur*

theilung des Interesse in commune und singulare nicht verwerfen, wenn nur das erstere nicht etwa bloß in dem wahren Werthe der Sache gesetzt wird, wie Magnus[26]) und Wehrn[27]) ganz richtig bemerkt haben. II) Wird das Interesse auch in id, quod interest circa rem, und id, quod interest extra rem eingetheilt, und behauptet, daß nur allein jenes zu vergüten sey, nicht aber

tur lesen, dem auch DUARENUS in Commentar. in Tit. D. ad Leg. Falcid. cap. 8. und unter den neuern Rechtsgelehrten besonders Westphal in der hermenevtisch. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. II. Th. §. 1190) beystimmt. Hingegen *Nic.* CATHARINUS in Observation. et conjecturar. libro Cap. VII. (Tom. I. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 487.) lieset *figuntur*, quod est, statuuntur; und versetzt zugleich die Worte folgendermaßen: *Pretia non ex affectu singulorum, sed ex utilitate rerum communiter figuntur.* Ihm ist auch WEHRN c. l. §. 64. Not. 5. pag. 403. beygetreten. Allein schon *Iac.* VOORDA in Commentario ad Legem Falcidiam. (*Harlingae* 1730.) Cap. VIII. §. 19. pag. 184. Not. a. hat gezeigt, daß hier keine Aenderung nöthig sey. Man sagt: *pretia rerum funguntur*, quum usum sui praebent in constituenda bonorum quantitate. In dieser Bedeutung kommt das Wort *fungi* öfters vor. Ausser der *L.* 33. *D. ad L. Aquil.* sehe man auch *L.* 43. *D. de Rei vindicat.* und ULPIAN *in Fragm. Tit. VII.* §. 11. BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *fungi* und SCHOTT in Opusc. iurid. pag. 215. sqq. Die Redensart *communiter fungi* heißt also soviel als ex usu communi recipere aestimationem, wie sie auch *Io. Suarez de* MENDOZA in Commentar. ad Legem Aquiliam Cap. IV. nr. 30. sqq. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 45.) erklärt.

26) cit. loc. Cap. 6.

27) Doctrina iuris cit. §. 55. Not. 14. pag. 367.

aber dieses. Diese Distinction ist nicht ungegründet[28]), wenn man nur die Begriffe davon richtig bestimmt. Versteht man freylich unter dem Worte res, wie gewöhnlich, die schuldige Hauptsache oder den Gegenstand selbst, von dessen Leistung die Rede ist, und bestimmt man also den Begriff von dem Interesse circa rem dahin, daß es in dem schuldigen Object den Grund seiner Existenz haben müsse, so geräth man in ein Labyrinth von Widersprüchen, aus denen man schwerlich einen Ausweg finden wird. So z. B. sagt Paulus[29]), wenn der Verkäufer die Waare nicht zu gehöriger Zeit geliefert hat, so könne der Käufer zwar omnem utilitatem, *quae modo circa ipsam rem consistit*, aber doch nicht den bloß möglichen Gewinn oder zufälligen Nachtheil in Anschlag bringen; z. E. daß er den nicht gelieferten Wein mit Vortheil wieder hätte verkaufen können; oder daß wegen des nicht gelieferten Getraides Sklaven des

28) *L. 21. §. 3. D. de action. emti et vend.* Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emtoris in aestimationem venit: *quae modo circa ipsam rem consistit.* Neque enim, si potuit ex vino (puta) negotiari, et lucrum facere, id aestimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur. *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interest, prof.* — In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices per suam subtilitatem requirant, ut, *quod revera inducitur damnum*, hoc reddatur, et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur: ne, dum in infinitum computatio reducitur, pro sua impossibilitate cadat.

29) *L. 21. §. 3. D. de act. emti vend.*

des Käufers verhungert sind. Hingegen sagt Ulpian[30]), wenn der Verkäufer dem Käufer wissentlich verschwiegen, daß der Sklave, den er diesem verkauft hat, ein servus fugitivus sey; so soll ihm der Verkäufer alles Interesse vergüten, ja auch dafür soll er haften, daß der Kerl andere Sklaven des Käufers zur Flucht verleitet, oder den Käufer bestohlen hat. Ist nun dieses nicht eben sowohl extra rem, als wenn, wie in jenem Falle, des Käufers Sklaven wegen nicht gelieferten Getraides verhungert sind[31])? wenn man unter dem Wort res bloß den Gegenstand der Hauptverbindlichkeit versteht. Ja was noch mehr ist, Ulpian selbst sagt an einem andern Orte[32]), wenn der Schuldner das Geld nicht, dem Vertrage gemäß, an dem bestimmten Orte bezahlt hat, so soll er es nicht bloß verzinsen, sondern auch dem Gläubiger den Gewinn vergüten, wenn dieser etwan an dem Orte für das Geld Waaren mit Vortheil hätte einkaufen können; welches doch Paulus[33]) in der oben angeführten Stelle, und auch Hermogenian[34]) ausdrücklich läugnen. Ein anderes Beyspiel. Nach der Meinung des Neratius[35]) soll derjenige, der einen Andern Sklaven widerrechtlich getödet hat, wenn dieser etwa von Jemand zum Erben eingesetzt worden war, den Werth der Erbschaft vergüten. Paulus[36]) hingegen läugnet,

30) *L. 13. §. 2. D. eod.*

31) Eben dieß hat auch Westphal in der Lehre des gem. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 187. erinnert.

32) *L. 2. §. fin. D. de eo, quod certo loco.*

33) *L. cit. 21. §. 3. D. de act. emti.*

34) *L. ult. D. de peric. et commod. rei vend.*

35) *L. 23. pr. D. ad Leg. Aquil.*

36) *L. 63. D. ad. Leg. Falcidiam.*

läugnet, daß die Erbschaft in Anschlag gebracht werden könne, quia multis causis accidere potest, ne servus iussu nostro herediatem adeat. Ist nun eine hereditas servo delata nach der gewöhnlichen Erklärung nicht auch extra rem? Kein Wunder, wenn bey diesen Widersprüchen der Römischen Rechtsgelehrten mehrere die Eintheilung des Interesse circa rem und extra rem ganz verworfen haben[37]. Sed salva res est. Das Wort res bedeutet hier in der Materie vom Interesse nichts anders, als factum, vel non factum adversarii mei, ex quo mihi id, quod interest, debetur, wie Magnus[38]) sagt: also nicht die Sache selbst, welche den Gegenstand der Hauptverbindlichkeit ausmacht; sondern der Dolus, die Culpa, oder die mora des andern, weßwegen derselbe seiner Schuldigkeit nicht nachgekommen ist, heißt hier res, so wie man bekanntermaßen auch die Verbindlichkeit aus einer unerlaubten Handlung obligationem ex re nennt[39]). Nach dieser Erklärung ist also ein Interesse, quod circa ipsam rem consistit, wie Paulus sagt, ein solcher Nachtheil, der von der widerrechtlichen Handlung des andern eine gewisse und unwidertreibliche Folge ist, ohne daß dem Beschädigten seiner Seits etwas dabey zur Last fällt. Hingegen wird ein Interes-

37) *Petr.* GRANGIANUS Paradox. iur. civ. cap. 60. (Tom. V. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 646.) *Gabr. de* GAST cit. Commentar. pag. 764. (Tom. VI. *Thes. Meermann.*) Westphal in der Lehre des gemein. Rechts vom Kauf rc. §. 187. S. 154.

38) cit. loc. Cap. 7. pag. 304. (Tom. III. *Thes. Meermann.*)

39) L. 4. *D. de Obligat. et action.* Daher sagen die Gesetze aestimatio refertur ad dolum. *L.* 9. *D. depositi.* Ea tota res ad dolum et culpam redigenda est. *L.* 54. *pr. D. de act. emt.*

teresse extra rem ein solches genannt, welches mit dem Factum des andern in keiner nothwendigen Verbindung steht. Mit Recht sagt daher **Paulus**, der Käufer könne deßhalb keinen Ersatz verlangen, wenn ihm wegen nicht zu rechter Zeit gelieferten Getraides Knechte verhungert sind. Denn er hätte für den Unterhalt derselben auf andere Art sorgen sollen. Es ist seine Schuld, daß er sich bey guter Zeit nicht vorgesehen hat. Eben so wenig kann der Käufer den bloß möglichen Gewinn in Anschlag bringen, den er vielleicht durch weitern Verkauf des Weins hätte machen können, wenn ihm solches zu rechter Zeit geliefert worden wäre. Denn der Wein war ihm zu einem solchen anderweiten Handel nicht verkauft worden. Also kann diese Folge der morae des Verkäufers nicht beygemessen werden. Ein anders wäre, wenn die Waare für einen Handelsmann an einem bestimmten Orte hätte geliefert werden sollen, wo derselbe damit negotiiren wollte. Hier muß dem Käufer allerdings auch der Gewinn vergütet werden, den er durch die ausgebliebene Lieferung der bestellten Waaren hat entbehren müssen; wie **Ulpian** sagt, welcher nun mit **Paulus** und **Hermogenian** in keinem Widerspruche ist[40]). Eben so behauptete **Neratius** in dem oben vorgetragenen Rechtsfalle ganz richtig, daß die hereditas servo delata dem Herrn desselben vergütet werden müsse, wenn Jemand den Sklaven getödet hätte, ehe derselbe iussu domini die Erbschaft angetreten. Denn der

Herr

40) Man vergleiche DONELLUS in Comment. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 23. *de* GAST cit. Commentar. pag. 764. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano; ad L. 19. D. de peric. et comm. rei vend. pag. 464. sqq. und WEHRN c. l. §. 63. Not. 5. pag. 397.

Herr konnte die dem Sklaven deferirte Erbschaft auf keine andere Art acquiriren. In der Tödung des Sklaven liegt also die alleinige und nothwendige Ursache von dem ganzen Verlust der Erbschaft. Also ist das Interesse hier circa rem [41]). Endlich wird noch III) das Interesse in Interesse lucri cessantis und damni emergentis eingetheilt [42]), welche Eintheilung sich aus dem, was schon oben vorgekommen, von selbst ergiebt. In Absicht auf das Interesse des entgangenen Vortheils wird jedoch immer vorausgesetzt, daß der

41) Diesem ist PAULUS in der *L. 63. D. ad Leg. Falcid.* nicht entgegen, wo von dem Falle die Rede ist, da einen Sklaven, der zur Erbschaft gehört, nach dem Tode des Erblassers von Jemanden eine Erbschaft deferirt worden; diese kommt nicht mit in Anschlag, weil die Erbmasse zum Behuf der Falcidie bloß nach dem Zustande berechnet wird, in welcher sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers befand. S. Westphals hermenevt. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 1190. Ueberdem ist diese Stelle, wie die Inscription lehrt, *ex libr.* 2. PAULI *ad Legem Iuliam et Papiam* genommen, in welchem Paulus von der ehemaligen Succeßion der kinderlosen Ehegatten in den zehnten Theil der Verlassenschaft handelte, wobey eine Schätzung der Güter nöthig war, und erst Tribonian hat diese Stelle, nach Aufhebung jener Legis Iuliae decimariae, auf die Legem Falcidiam angewendet. S. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam Lib. I. Cap. IV. Sect. I. nr. 16. sqq. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 46. und HEINECCIUS in Comment. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 14. §. 2. pag. 262.

42) *L. 13. D. rat. rem. hab. L. un. Cod. de sentent, quae pro eo quod. interest.*

der in Anschlag gebrachte Gewinn nicht ungerecht [43]), und auch ein sicherer gewisser Gewinn gewesen seyn müsse [44]). Denn blose Speculationen und sogenannte Honigtopfsrechnungen kommen nicht in Anschlag [45]). Es versteht sich auch, daß nur dasjenige als reiner Gewinn angesehen werden könne, was nach Abzug der Kosten übrig bleibt, die auf die Erlangung deßelben noch hätten verwendet werden müssen [46]). Daß aber das lucrum cessans nur dann gefordert werden könne, wenn ein damnum positivum vorhergegangen ist, welches den entgangenen Vortheil zur Folge gehabt hat, wie unser Verfasser hier behaupten will, ist ganz unrichtig, und schon oben widerlegt worden. (§. 318. S. 314.)

§. 333.

In wie weit findet Leistung des Interesse statt?

In Absicht auf die Leistung des Interesse ist nun noch zu bemerken:

1) daß

43) *L. 26. D. de damno inf. L. 71. §. 1. D. de furtis.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XXVI. cap. 22.

44) *L. 22. §. ult. D. de eo, quod certo loco. §. 10. I. et L. 23. D. ad Leg. Aquil.*

45) Dieß ist es, wenn Justinian *L. un. C. de sent. quae pro eo, quod int. prof.* sagt: quod ex quibusdam machinationibus, et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigitur. S. VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLV. Tit 1. §. 9. *Lud.* CHARONDAS Πειθανῶν seu Verisimil. Lib. I. cap. 8. (Tom. I. *Thes. Otton.* pag. 703.)

46) BRUNNEMANN in Comment. ad L. 2. D. de eo, quod certo loco. nr. 17. et WEHRN cit. doctrina iuris §. 55. pag. 365.

1) daß eine Verbindlichkeit dazu so oft vorhanden sey, als Jemand entweder vorsätzlich, oder durch eine zu vertretende Schuld, oder durch Verzug, oder durch Ungehorsam seine Verbindlichkeit nicht erfüllet, und daher einem Andern dadurch Schaden zugefügt hat. Jedoch ist

2) der Unterschied nicht ausser Acht zu lassen, daß zwar, wenn ein Dolus oder culpa lata oder contumacia insignis begangen worden, alles Interesse sowohl im allgemeinen als besondern Verstande, folglich nicht nur der wirkliche Schade, sondern auch der entzogene Gewinn ersetzt werden müsse, ohne Unterschied, der Creditor mag ein Kaufmann seyn, oder nicht[47]); hingegen im Falle eines mäsigen oder geringen Versehens in der Regel des lucrum cessans nicht prästiret werde[48]), wenn nicht etwa Jemand zugleich die besondern Pflichten seines Amts verletzt haben sollte, vermöge deren er nicht allein verbunden war, Schaden von dem andern abzuwenden, sondern auch desselben Bestes, so viel möglich, zu befördern[49]). Damit auch

Ff 2 3) der

47) BERGER in Oeconom. iuris Lib. III Tit. VIII. Th. XIV. Not. 1. LEYSER in Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. 594. Med. 5. pag. 332. et WEHRN cit. doctrina §. 57. et §. 63. Not. 1. pag. 394. sq.)

48) WEHRN cit. loc. §. 53. pag. 362. Das teutsche Wort Schaden begreift daher im Zweifel das lucrum cessans nicht unter sich, sondern drückt bloß das damnum positivum aus; wie PUFENDORF Tom. IV. Observat. iur. univ. Obs. 117. bemerkt, obwohl unter dem Ausdruck aller verursachten Schäden das volle Interesse, und also auch der entgangene Gewinn verstanden wird. S. HOMMEL Rhapsod. quaest. in foro quotid. obvenient. Vol. IV. Obs. 522. nr. 1. 2. 3.

49) *L. 7. Cod. Arbitrium tutelae.* Quidquid *tutoris* dolo vel lata culpa, aut *levi*, seu *curatoris*, minores amiserint, vel, *cum possent*,

3) der Kläger seine Forderung nicht übertrieben, so haben die Gesetze in Absicht auf die Größe des zu leistenden Interesse verordnet, daß wenn der Fall ein solcher ist, wo der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit in einer gewissen Quandität oder einer solchen Sache besteht, die ihren bestimmten Werth hat, wie z. B. Waare und Preiß im Kaufcontract, ferner das Miethgeld und der Gebrauch der Sache im Miethcontracte, u. d. m. das Interesse zwar den doppelten Werth der schuldigen Hauptsache nicht übersteigen solle [50]; es sind indessen diejenigen Fälle billig davon auszunehmen, da es entweder überhaupt erlaubt ist, usuras ultra alterum tantum zu fordern [51]), oder der Schade dolo malo [52]), oder culpa lata [53]), des Andern verursacht

possent, non acquisierint: hoc in tutelae seu negotiorum gestorum utile iudicium venire, non est incerti iuris.

50) *L. un. Cod. de sentent. quae pro eo, quod interest, prof.* Sancimus, in omnibus casibus, *qui certam habent quantitatem, vel naturam,* veluti in venditionibus, et locationibus, et omnibus contractibus, hoc, quod interest, *dupli quantitatem minime excedere.*

51) CUJACIUS Lib. IX. Observation. cap. 31. sagt: *Ubi supra duplum usurae licitae sunt, ut in trajectitia pecunia, et eius, quod interest, aestimatio eo casu duplum egredi poterit.* Man sehe auch WEHRN cit. doctr. §. 61. pag. 391.

52) *L. 4. pr. L. 6. §. 8. L. 13. pr. L. 45. §. 1. in fin. D. de action. emti vend. L. 45. in fin. D. hered. petit. L. 1. §. alt. D. de tign. iuncto.* Ex illis locis, et ex naturali aequitate colligere possumus, sagt MAGNUS Lib. II. Rationum et Differentiar. iuris civ. cap. 10. (Tom. III. *Thes. Meermann.* pag. 310.) IUSTINIANUM, cum favore reorum id, quod interest, in angustum cogeret, hac sua Constitutione fraudium casus excepisse: vel

sacht worden ist, oder auch die stillschweigende Verpflichtung, für die Gefahr, und allen Schaden zu haften, entweder schon in der Natur des eingegangenen Contracts[54]), oder in dem besondern Stande der Person liegt, welche durch ihre Schuld den Schaden verursacht hat; z. B. wenn dieser ein Kunst- und Sachverständiger ist[55]).

vel potius illos hoc benignitatis favore et auxilio non conclusisse. Man sehe auch WEHRN c. l. §. 55. pag. 370. et §. 61. pag. 391.

53) Culpa enim lata in doli crimen cadit. *L.* 1. §. 5. *D. de obligat. et actionibus.* BERGER in Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VIII. Th. 14. Not. 4. giebt daher die Regel: *Quoties dolus, aut culpa singularis adversarii intercedit; toties determinatio eius, quod interest, neque ad duplum, neque ad utilitatem circa rem proximam adstringitur.* Man sehe auch WEHRN c. l. §. 55. pag. 370. sq. et §. 61. pag. 391.

54) Z. B. der Verkäufer eines Gefäßes muß mir dafür stehen, daß es ganz und unbeschädigt ist. Dazu verbindet ihn schon die Natur des Contracts, wenn er gleich deshalb nichts versprochen hat. Habe ich also durch ein unbrauchbares Gefäß Schaden erlitten, so muß mir dieser ganz ersetzt werden, wenn gleich derselbe den doppelten Werth des Gefäßes weit übersteigt. *L.* 6. §. 4. *D. de act. emti. L.* 27. *D. eodem.* S. DE GAST cit. Commentar. pag. 770. und Westphal vom Kauf. §. 411.

55) *Qui enim publice artificium profitetur,* sagt MAGNUS Ration. et Differentiar. iuris civ. Lib. II. cap. 10. pag. 319. *tacitam fidem dat omnibus, et quasi pacto publico se adstringit: quidquid de ea re et artificio suo secum actum, gestum, contractum erit, id se periculo suo recipere; adeoque artis uqe peritiam praestare debet.*

4) Bey ungewissen Fällen hingegen, welche, wie Justinian sagt [56]), keine certam quantitatem oder naturam haben, ist die Bestimmung des Interesse dem vernünftigen Ermessen des Richters zu überlassen, welcher die Angabe des Klägers nach der Beschaffenheit der von demselben angeführten Gründe und nach den Regeln der Billigkeit prüfen, und nach deren Maasgabe den Beklagten zur Leistung des Interesse verurtheilen soll [57]). Zu diesen casibus incertis gehöret z. B. wenn wegen eines geleisteten Factums [58]), oder wegen eines gehinderten Besitzes das Interesse gefordert wird [59]). Da jedoch

5) der Beweiß des Interesse insgemein sehr schwer ist [60]); so muß der Kläger, wenn derselbe nur irgend einige wahrscheinliche Gründe seines geforderten Interesse anzugeben im Stande ist, ohne Schwierigkeit zum Schätzungs- oder Erfüllungseide, je nachdem es die Umstände erfordern, gelas-

56) *Cit. L. un. C. de Sent. quae pro eo, quod interest, prof.*

57) Es ist daher rathsam, daß der Kläger in seinem Klageschreiben anführt: er wolle es dem richterlichen Ermessen anheim gestellet haben, wie hoch das bis auf — — angegebene Interesse zu moderiren sey. S. WEHRN c. l. §. 53. pag. 363.

58) *L. ult. D. Si quis in ius voc. haud ierit. L. 27. in fin. D. de recept. qui arbit. receper. §. ult. L. et 68. D. de verb. obligat. L. 8. §. ult. D. rat. rem. haberi.* WEHRN §. 55. pag. 368.

59) *L. 1. §. 5. D. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. L. 1. §. 41. D. de vi et vi arm. L. 6. L. 15. D. eod. L. 3. §. 3. D. de itin. actuq. privato. L. 15. §. 7. et 8. D. Quod vi aut clam.*

60) §. *ult. D. de stipulat. praetor.*

gelassen werden[61]), wovon ad Tit. de in litem iurando ein mehreres vorkommen wird. Dahingegen ist

6) der Kläger von allem weiteren Beweise freyzusprechen, insofern er sich mit dem Interesse morae zu fünf von Hundert begnügen will[62]).

§. 334.

Mancherley Arten der äusseren Bestimmungen bey Verträgen. Was ist Rechtens, wenn das pactum purum ist?

Die Rechte und Verbindlichkeiten bey Verträgen können nun auf mancherley Art entweder durch Beyfügung einer Zeitbestimmung, oder eines Zwecks, oder einer Bedingung modificirt, oder ohne eine dergleichen Nebenbestimmung pure festgesetzt werden[63]). Im letztern Falle erhält zwar der Promissar gleich ein Recht aus dem Vertrage, er kann

 auch

61) MEVIUS Part. IV. Decis. 322. et P. VII. Decis. 283. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. 250. med. 5. WEHRN c. l. §. 75.

62) *Recess. Deputat. Spir. de ann. 1600. §. 139.* „So ordnen und wollen wir nachmahls, daß solch Interesse a tempore morae erstattet, und derentwegen den Creditoren fünf Gulden von Hundert bezahlt werden, oder aber, da dem Creditori solch fünf Gulden nicht annehmlich, sondern er vermeinen wollte tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehreres zu fordern, daß ihme alsdann sein ganzes Interesse zu deduciren, gebührlich zu liquidiren, und zu bescheinigen, und der Richterlichen Erkenntniß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll.“

63) Die dem Versprechen beygefügte Formel: so Gott will, macht das Versprechen nicht bedingt; wie *Ge. Steph.* WIESAND in Opusculis pag. 57. sqq. gezeigt hat.

auch gleich auf die Erfüllung des Versprechens klagen [64]. (dies statim cedit et venit [65]) indessen ist doch auch ein unbedingtes Zahlungsversprechen, wie Paulus [66]) sagt, cum aliquo temperamento temporis zu verstehen. Dem Schuldner muß in diesem Falle ein Zahlungstermin vom Richter nach seinem Ermessen gesetzt, und zwar dem Schuldner soviel Zeit gelassen werden, als nöthig zu seyn scheint, um das schuldige Object herbey zu schaffen [67]). Eben so muß demjenigen, welcher etwas an einem entfernten Orte zu geben, oder ein Geschäft, was Zeit erfordert, auszurichten versprochen hat, zur Erfüllung des Versprechens ein verhältnißmäßiger Zeitraum gelassen werden. Eine ausserordentliche Beschleunigung kann man in der Regel nicht verlangen, wenn es auch möglich wäre, selbige durch ausserordentlichen Aufwand oder Anstrengung zu erzwingen [68]). Man kann in solchen Fällen auch eigentlich nicht eher den Promittenten auf das Interesse belangen, als wenn die-

64) *L.* 213. *pr. D. de Verbor. Signif.* Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; Venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi *pure* quis stipulatus fuerit, *et cessit et venit dies.* S. *Io. Frid.* WAHL Progr. Quando dies obligationis cedere et venire intelligatur? *Goettingae* 1751.

65) *L.* 14 *D. de div. reg. iur.* In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur. Add. §. 2 *I. de Verb. oblig.*

66) *L.* 105. *D. de Solution.*

67) *L.* 21. *D. de iudiciis.* Neque enim magnum damnum est in mora modici temporis.

68) *L.* 137. §. 2. *et* 3. *D. de Verb. obligat.*

diejenige Zeit verstrichen ist, da die Ausführung des Versprechens füglich hätte geschehen können[69]; und alle zufällige Hindernisse, die sich ohne Schuld des Promittenten ereigneten, müssen ihm zu gut gerechnet werden[70]). Endlich versteht es sich auch von selbst, daß wenn der Gegenstand des Vertrags eine noch zukünftige Sache ist, nicht eher auf die Erfüllung desselben geklagt werden könne, als wenn die versprochene Sache per rerum naturam geleistet werden kann[71]).

§. 335.

Von den mancherley Zeitbestimmungen bey Verträgen, und deren Wirkung.

Ist dem Vertrage eine Zeit beygefügt worden, (pactum sub die, so kann dieselbe entweder bestimmt oder unbestimmt seyn. In dem letztern Falle ist die Zeit der Erfüllung entweder der Willkühr des Promittenten ausdrücklich überlassen worden, oder der Gläubiger hat es seiner Willkühr vorbehalten, wenn ehe er auf die Erfüllung des Vertrags klagen will. Im erstern Falle kann zwar der Schuldner zu jeder Zeit, welche ihm beliebt, seine Schuldigkeit entrichten; allein der Gläubiger kann erst nach dem Tode des Schuldners gegen desselben Erben auf die

69) *L. 14. D. eodem.* S. DONELLUS in Comment. ad h. Leg.

70) *L. 15. D. eod.*

71) *L. 73. pr. D. de verbor. obligat.* Interdum pura stipulatio *ex re ipsa* dilationem capit: veluti si id, *quod in utero sit*, aut *fructus futuros*, aut *domum* aedificari stipulatus sit. Tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest.

Bezahlung klagen [72]), dahingegen in dem letztern Falle dem Gläubiger zu jeder Zeit die Befugniß zusteht, die Erfüllung des Vertrags zu fordern, ohne daß ihm die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt werden kann [73]). Denn die Ausübung seines Rechts ist unter diesen Umständen als eine res merae facultatis anzusehen. (§. 15.) Ist aber die dem Vertrage beygefügte Zeit **bestimmt**, so kann solche entweder den Anfang der Erfüllung (dies a quo), oder die Dauer der Verbindlichkeit des Promittenten (dies ad quem) bestimmen [74]). In dem letztern Falle erhält zwar der Promissar sogleich ein Recht aus dem Vertrage, er kann auch sogleich auf die Erfüllung desselben klagen (dies quidem statim

72) *Ratio est*, sagt WERNHER in select. observat. forens. Tom. I. Part. III. Obs. 113. *qui voluntas hominis morte demum finitur. Unde debitor tamdiu nolle, et solutionem detrectare potest, quamdiu vivit.* L. 4. D. Locati. Man sehe auch LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectarum Tom. III. Lib. XLVI. Tit. 3. §. 39. Hätte hingegen der Promittent **nach Gelegenheit, so wie es seine Umstände zulassen**, die Erfüllung des Vertrags versprochen, so kann er nach dem Ermessen des Richters, wenn er das Versprechen zu erfüllen im Stande ist, darauf belangt, und ihm hierzu ein Termin anberaumt werden. S. **Gmelin** von Aufsätzen über Verträge §. 31. S. 55. Mit diesen Grundsätzen stimmt auch das **allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten** 1. Th. 5. Tit. §. 237.—239. überein.

73) *L. 48. D. de Verb. obligat.*

74. *L. 44. §. 1. D. de obligat. et action.* Circa diem duplex inspectio est: nam vel ex die incipit obligatio, aut confertur in diem. *Ex die:* veluti calendis Martiis dare spondes? cuius natura haec est, ut ante diem non exigatur. *Ad diem* autem: usque ad calendas dare spondes?

statim cedit et venit), allein sobald die bestimmte Zeit verflossen ist, so hört Recht und Verbindlichkeit auf[75]). Z. B. ich verspreche einem, daß ich ihm, so lange ich lebe, jährlich eine gewisse Summe geben wolle; oder ich verbürge mich auf ein Jahr für eine fremde Schuld, dergestalt, daß ich nach Ablauf dieses Jahres aus meiner Bürgschaft nicht weiter gehalten seyn wolle[76]). Es wird jedoch hier immer vorausgesetzt, daß die Beyfügung der Zeit, bis auf welche die Gültigkeit des Vertrags dauern soll, nicht der Natur desselben zuwider sey[77]). Nach der Subtilität des Römischen Civilrechts hörte zwar auch bey den Formularcontracten die Verbindlichkeit nach verflossener Zeit nicht auf[78]), allein schon der Prätor gab dem Schuldner, wenn er

75) *L.* 56. §. 4. *D. de Verbor. oblig.* Qui ita stipulatur: *Decem, quoad vivam, dari spondes?* confestim decem recte dari petit. Sed heres eius exceptione pacti conventi summovendus est, nam stipulatorem id egisse, ne heres eius peteret, palam est. — *L.* 52. §. 3. *D. de pactis.* De inofficioso patris testamento acturis, ut eis certa quantitas, *quoad viveret heres*, praestaretur, pactus est; produci ad perpetuam praestationem id pactum postulabatur: rescriptum est, neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti. Vid. *Io. Nic.* HERTII Diss. de iuribus ex pacto certo tempori inclusis. (in EIUS *Commentation. et opusculor.* Vol. II. Tom. III. pag. 355. sqq.)

76) HERT cit. Diss. Sect. I. §. 17. und POTHIER in Pandect. Iustinianeis Tom. III. Tit. de obligat. et actionib. Nr. XXXIII. Not. a. pag. 280.

77) S. z. B. verwirft Celsus in der *L.* 12. *D. de precario* die Verabredung, daß ein Precarium vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht sollte wieder gefordert werden können, als unwirksam. Mehrere Beyspiele hat HERTIUS cit. Diss. Sect. I. §. 2. sqq.

78) §. 3. *I. de Verbor. obligat.* *L.* 56. §. 4. *D. eodem.* *L.* 44. *D. de obligat. et action.* Nach diesen Gesetzen war es eine Re-

er nach Ablauf der bestimmten Zeit noch belangt wurde, die exceptionem doli oder pacti conventi.

Ist die Zeit dem Vertrage als ein Terminus a quo beygefügt worden, welcher den Anfang der Erfüllung desselben bestimmt, so kann der dies entweder certus oder incertus seyn. Die Zeit heißt eine **gewisse Zeit**, wenn es entschieden ist, daß und wenn sie erscheinen wird. Z. B. der erste Januar des nächst künftigen Jahres, oder ich verspreche etwas, auf nächst kommende Ostermesse zu liefern. **Ungewiß** hingegen ist die Zeit, wenn es entweder gänzlich ungewiß ist, ob der Tag je kommen wird, z. B. der Tag, da Jemand die Volljährigkeit erreichen, oder Hochzeit machen, oder ein gewisses Amt erlangen wird; oder wenn zwar die quaestio an entschieden, aber doch ungewiß ist, wenn der Tag kommen wird; wie z. E. der Todestag eines jeden jetzt lebenden Menschen [79]). Ist die dem Vertrage

Regel des alten Civilrechts: ad tempus non potest obligatio constitui, non magis, quam legatum: allein daß diese Regel durch das neue Röm. Recht aufgehoben worden sey, erhellet aus der *L. 26. Cod. de Legatis.* Cum enim iam constitutum sit, *fieri posse temporales donationes et contractus*; consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari. GUNDLING in Gundlingian. Stück XV. Nr. 4 pag. 465. sqq. will zwar das Gegentheil behaupten; allein man sehe *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. 12. pag. 516. sq. und Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen I. Th. §. 607.

79) DONELLUS in Commentar. ad Tit. D. de verbor. obligat. ad L. 41. nr. 24. pag. 152. und *Ios.* AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. II. cap. 16. nr. 3. pag. 225.

trage beygefügte Zeit gewiß, so entsteht zwar gleich eine Schuldverbindlichkeit aus dem Versprechen, allein man kann doch der Regel nach nicht eher auf die Erfüllung klagen, als wenn die Zeit kommt [80]). Ja es kann noch nicht einmal an dem Tage, da die Zahlung geschehen soll, die Klage angestellet werden, sondern der Gläubiger muß diesen Tag noch abwarten, weil, ehe derselbe ganz verflossen ist, nicht gewiß gesagt werden kan, daß die Bezahlung an

80) § 2. *I. de Verbor. obligat.* Id autem, quod *in diem* stipulamur, statim quidem debetur: sed peti prius, quam dies venerit, non potest. *L. 46 pr. D. eodem.* Centesimis Kalendis dari utiliter stipulamur: quia praesens obligatio est, *in diem* autem dilata solutio. *L. 213. pr. D. de verbor. significat.* ubi *in diem* quis stipulatus fuerit, cessit dies, sed nondum venit. Diesen ist die *L. 41. §. 1. de verbor. oblig.* nicht entgegen, wo Ulpian sagt: Verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia *debeatur.* Denn dieses *debere* ist nur von dem Forderungsrecht des Gläubigers selbst, nicht von dem Anfange der Verbindlichkeit zu verstehen, wie auch DONELLUS in Commentar. ad Tit. Dig. de verbor. obligat. h. L. nr. 44. pag. 156. sq. AVERANIUS cit. loc. nr. 17. pag. 228. und VINNIUS in Commentar. ad §. 2. I. de Verb. obligat. num. 4. schon bemerkt haben. Es ist nun allerdings ein grosser Unterschied, ob man sagt, die Schuld sey vor der Verfallzeit noch nicht contrahirt, oder sie könne nur noch nicht gefordert werden. Denn ist das letztere, so findet auch schon vor der Verfallzeit eine Novation, ferner eine Constitutum statt; *L. 5. D. de novation. L. 3. §. ult. L. 4. D. de pecunia constituta,* und habe ich die Schuld aus Irrthum zu frühe bezahlt, so kann ich sie nicht condictione indebiti zurückfordern. *L. 10. D. de condict. indeb.* Man sehe jedoch, was GUNDLING in seinen Gundlingianis Stück 6. Nr. III. pag. 47. gegen diese Lehre der Röm. Rechtsgelehrten erinnert hat.

an selbigem Tage, auf welchen sie versprochen worden, nicht geschehen sey[81]). Es kann indessen der Schuldner, wenn er will, auch vor Ablauf der Verfallzeit Zahlung leisten, ob es schon dem Gläubiger nicht gelegen wäre[82]). Ja er wird von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er sein Versprechen gleich erfüllt[83]). Denn in Zweifel nimmt man an, daß die Zahlungszeit zum Besten des Schuldners sey beygefügt worden[84]). Ein anderes wäre freylich, wenn eine gewisse Zeit bloß zu Gunsten des Gläubigers wäre festgesetzt worden. Denn in diesem Falle kann der Schuldner dem Gläubiger die Zahlung vor der Verfallzeit nicht aufdringen, sondern der Gläubiger kann die Annehmung derselben mit Recht verweigern, ohne sich die Folgen eines Verzugs zuzuziehen[85]). Nur wird im Zweifel dieses nicht vermuthet, sondern es muß entweder deutlich ausgedrückt,

81) §. 2. *I. de verbor. obligat.*

82) *L. 38. §. 16. L. 137. §. 2. in fin. D. eodem. L. 15. D. de annuis legat. L. 50. D. de obligat. et action.* DONELLUS cit. loc. nr. 47. pag. 157. sq. AVERANIUS cit. loc. nr. 19.

83) *L. 70. D. de Solution.* Quod certa die promissum est, vel statim dari potest: totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur.

84) *L. 41. §. 1. D. de verbor. obligat. L. 17. D. de Reg. iur.*

85) *L. 43. §. 2. D. de Legat. II.* Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse, *cuius causa tempus dilatum sit*: utrumne *heredis*, quo casu heredem fructum retinere debere; an *legatarii*, veluti si in tempus pubertatis ei, qui impubes sit, fideicommissum relictum sit, tunc enim fructus praestandos et antecedentis temporis. Man sehe über diese Stelle *Greg.* MAJANSII

gedrückt, oder aus andern unzweifelhaften Anzeigen mit Gewißheit zu schließen seyn, daß der dies bloß um des Gläubigers willen sey beygefügt worden [86]). Dahin gehört, wenn der Gläubiger die schuldige Sache jetzt noch nicht braucht, solche auch vor der Zeit nicht füglich bey sich verwahren kann, und sich daher die Bezahlung einer gewissen Summe darum zu einer bestimmten Zeit versprechen lassen, weil er sodann erst des Geldes benöthiget ist [87]); oder wenn sich der Gläubiger die Zinsen bis zum Verfalltage ausbedungen hat [88]).

Ist endlich die dem Vertrage beygefügte Zeit ungewiß, so kommt es wieder darauf an, ob es ungewiß ist, daß der Tag kommen wird, oder ob es nur ungewiß ist, wenn der Tag erscheinen wird. Im erstern Falle ist eine solche ungewisse Zeit als eine Bedingung anzusehen, welche existiren muß, wenn auf die Erfüllung des Versprechens soll geklagt werden können [89]). Z. E. wenn ich einem etwas an dem Tage zu leisten verspreche, da er mündig werden, oder Hochzeit machen wird, so ist es so gut, als ob ich es

sii Commentar. ad triginta ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iuris civ. corpore. pag. 262. Add. *L.* 15. *D. de ann. legat.*

86) DONELLUS cit. loc. nr. 51.

87) AVERANIUS cit. loco nr. 18.

88) *L.* 62. §. 1. *L.* 78. §. 12. *D. ad SCtum Trebell.* MAJANSIUS c. l. §. IV. pag. 262.

89) *L.* 45. §. 3. *D. de verbor. obligat. L.* 21. *pr. L.* 22. *pr. D. Quando dies legator. L.* 45. §. *ult. D. de legat. II. L.* 25. *L.* 36. *pr. D. de condit. et demonstrat.* VOET in Comm. ad Pandect. T. II. Lib. XLV. Tit. I. §. 20. in fin. AVERANIUS c. l. nr. 6.

es ihm unter einer Bedingung versprochen hätte[90]). In dem letztern Falle hingegen, wenn z. B. der Todestag einer noch jetzt lebenden Person zur Zeitbestimmung ist gemacht worden, da das Versprechen erfüllet werden soll, so hat ein solcher dies incertus bey Verträgen die Wirkung einer Bedingung nicht, sondern er wird einer gewissen Zeit gleich geachtet[91]); weil wenn der Promissar auch allenfalls den Todestag des Promittenten selbst nicht erleben sollte, er dennoch sein Recht auf seine Erben transmittirt[92]).

§. 336.

Vom Modo, und dessen Wirkung bey Verträgen.

Bey einem Versprechen kann auch der Promittent einen gewissen Zweck beabsichtigen, welcher durch den Vertrag erreicht werden soll. Ein solcher Endzweck wird Modus, und der mittelst einer solchen Beyfügung eingegangene Vertrag ein pactum sub modo genennt[93]). Z. B. wenn ich einem 1000 fl. zur Reparatur seines Hauses

90) Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 742.

91) *L. 16. §. 1. L. 17. §. 18. D. de condict. indeb.* DONELLUS c. l. nr. 25. pag. 152. *Phil.* BRÜSSEL de conditionibus Lib. I. Tit. III. Nr. 5. AVERANIUS c. l. nr. 3.

92) Bey Testamenten ist es anders, weil es ungewiß ist, ob der Legatar den Sterbetag des Erben oder des Dritten erleben wird. *L. 1. §. 2. et L. 79. §. 1. de condit. et demonstrat.* L. 12. §. 1. *D. de legat. II. L. 4. pr. D. Quando dies legator.*

93) Eine Hauptschrift ist *Io. Frid.* CORDES Specim. inaug. de modo, conventionibus adiecto, eiusque effectu iuridico. *Goettingae 1782.*

ses schenke, oder wenn ich dem Cajus sein Haus dergestalt abkaufe, daß er selbiges mittelst des von mir erhaltenen Kaufgeldes binnen einer bestimmten Zeit von der darauf haftenden Hypothec befreyen solle[94]; oder ich überlasse dem A. mein Vermögen unter den Lebendigen, damit er mich die noch übrige Zeit meines Lebens dafür verpflege.

Um nun die Wirkungen des modi bey den Verträgen zu bestimmen, so kommt es zuförderst darauf an, wie derselbe beygefügt worden ist. Es läßt sich nämlich der modus aus einem zweyfachen Gesichtspuncte betrachten; entweder an und für sich, oder in Rücksicht auf die Person, der die Erfüllung desselben zum Nutzen gereicht. Betrachtet man den modus an sich, so involvirt selbiger entweder zugleich eine Bedingung, oder nicht. In dem erstern Falle treten die Grundsätze von den bedingten Verträgen ein, wovon der folgende Paragraph handelt. Man könnte einen solchen

94) Dieses Beyspiel kommt in der *L.* 41. *pr. D. de contrah. emt.* vor, wo ausdrücklich gesagt wird, daß diese Verabredung keine Bedingung, sondern einen *modum* enthalte. Denn der Käufer könne ex emto auf die Erfüllung des modi klagen, nämlich ut venditor fundum obligatum liberet. Diese Klage finde hingegen nicht statt, wenn es eine Bedingung wäre. Si vero, heißt es daselbst, sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur. Man sehe über diese Stelle Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht und Miethcontract §. 653. Es giebt dieses Beyspiel wenigstens einen Beweis, daß ein modus nicht bloß allein wohlthätigen Geschäften, wie Herr Geh. Tribunalrath Höpfner in seinem Commentar über die Institutionen §. 741. behauptet, sondern auch onerösen Verträgen beygefügt werden könne. Ein anderes Beyspiel kommt in der *L.* 58. §. 2. *D. Locati* vor.

solchen modum, der seiner Natur nach eine Bedingung enthält, einen modum mixtum nennen. Dahin gehört z. B. wenn man einer ledigen Frauensperson etwas gewisses zu einem Heyrathsgut verspricht; denn sie kann es nicht eher fordern, als bis die Heyrath erfolgt ist, wenn gleich diese Bedingung nicht ausdrücklich festgesetzt worden [95]). Stipulationem, quae propter causam dotis fiat, sagt Ulpian [96]), constat habere in se conditionem hanc, *si nuptiae fuerint secutae:* et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa conditio, *si nuptiae* constat. Wenn also die Ehe gar nicht erfolgt, so verliert die Stipulation, wie Paulus [97]) sagt, ipso iure ihre Verbindlichkeit [98]). Ist der modus mit keiner Bedingung

95) *L. 4. §. 2. D. h. t. L. 41. §. 1. D. de iure dot. Ios. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. III. nr. 3. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 125.)

96) *L. 21. D. de iure dot.*

97) *L. 4. §. 2. D. de pact.*

98) Ist einer Frauensperson in einer letzten Willensverordnung etwas zum Heyrathsgut vermacht worden, ohne dabey Jemanden zu bestimmen, mit dem die Vermächtnißnehmerin sich verbinden soll, so ist ein solches Vermächtniß nicht als bedingt anzusehen, sondern es steht die Erfüllung des modi in der Willkühr der Vermächtnißnehmerin, weil kein Dritter dabey interessirt ist. Den Grund dieses Unterschieds gibt *Ern. Christ.* WESTPHAL in Diss quaestionem iuris privati, an legatum, cui modus dotis constituendae adiectus, modo non adimpleto, corruat, sist. *Halae 1790.* §. 18. an, wenn er sagt: *Moribundus testator praesumitur liberalis, pro promissore autem semper praesumtio est, quod quam tardissime obstrictus ad solvendum esse voluerit.*

dingung vermischt [99]) (modus purus), so ist die Erfüllung desselben entweder möglich, (modus possibilis)

99) An sich sind *modus* und *conditio* von einander ganz verschieden. Nec enim parem dicemus eum, sagt Scävola *L. 80. D. de condit. et demonstrat* cui ita datum sit, *si monumentum fecerit*, et eum, cui datum est, *ut monumentum faciat*. Denn eine Bedingung legt nie eine Verbindlichkeit auf, sondern drückt nur eine gewisse Begebenheit aus, deren Erfolg abgewartet werden muß. Dahingegen kann wider denjenigen auf die Erfüllung des *modi* geklagt werden, welchem etwas zu einem gewissen Zweck versprochen und abgeliefert worden ist. *L. 17. §. 2. L. 44. D. de manumissis testamento.* Ferner der *modus* schiebt nicht, wie eine Bedingung, die Verbindlichkeit auf; es kann daher auf deren Erfüllung gleich geklagt werden. S. *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Libr. VIII. Quaestion. *Scaevolae* Tract. VIII. ad *L. 80. D. de condit. et demonstrat.* (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 494. sqq.) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VI. Spec. CCCXCIX. medit. 1. *Chr. Frid. Ge.* MEISTER Diss. de eo, quod inter conditionem resolutivam et modum interest. *Goett.* 1768. §. 10. sqq. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 197. Weil indessen der modus in manchen Stücken mit der Bedingung eine Aehnlichkeit hat, indem er zuweilen, weil eine Bedingung, für erfüllt gehalten wird, hingegen da, wo die Erfüllung desselben bewirkt werden konnte und mußte, das Gegebene zurückgefordert werden kann, wenn die Erfüllung des modi nicht geschehen ist, so wie es bey einer resolutiven Bedingung geschieht, so wird in dieser Hinsicht der modus zuweilen mit dem Namen einer conditionis in unsern Gesetzen bezeichnet. *L. 71. §. 1. L. 108. D. de condit. et demonstrat. L. 44. D. de manumiss. testam. L. 1. Cod. de his, quae sub modo.* S. *Io. Gottl. de* HACKEMANN Exerc. acad. de usu practico distinctionis conditionem inter et modum. *Francof. ad Viadr.* 1751. Ist es zweifelhaft, ob ein modus oder eine Be-

lis) oder derselbe ist physisch oder moralisch unmöglich (modus impossibilis). Im letztern Falle ist das Versprechen ohne Wirkung [100]; wäre es jedoch bereits erfüllt worden, so findet keine Zurückforderung des Gegebenen Statt, insofern der Promittent gleich Anfangs gewußt, daß die Erfüllung des modi unmöglich sey [1].

Nimmt man auf die Person Rücksicht, zu deren Besten der modus beygefügt worden ist; so lassen sich zwey Fälle gedenken. Der modus hat nämlich entweder bloß den Vortheil des Promissars zur Absicht, ohne daß irgend Jemand dabey weiter interessirt ist, oder der Promittent

Bedingung beygefügt worden sey, so wird in diesem Zweifel ersteres vermuthet, weil durch die Beyfügung eines modi der Consens und folglich auch die Gültigkeit des Geschäfts weniger beschränkt wird, als durch eine Condition. S. VOET in Comm. ad Pand. T. II. Lib. XXXV. Tit. I. §. 14. und CORDES cit. Diss. §. 12.

100) Arg. §. 11. *I. de inutil. stipulat.* und *L.* 31. *D. de obligat. et action. God. Lud.* MENCKEN Diss. de modo legatis adscripto (*Vitembergae* 1729.) §. 19.

1) *L.* 8. *Cod. de condict. ob causam dator.* wo die Worte: Si non impossibilem contineat causam, von dem Falle zu verstehen sind, da derjenige, welcher der Schenkung eine causam impossibilem beygefügt hatte, gleich Anfangs gewußt, daß der bestimmte Zweck unmöglich zu erreichen sey; wie *Hugo* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XIV. Cap 23. pag. 716. und *Ios. Fernand de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. IX. nr. 5. (*Thes. Meermann.* Tom. VI. pag. 140.) richtig bemerkt haben. *Non enim potest videri dedisse propter implementum causae,* sagt letzterer, *qui scivit, eam impossibilem esse, nec sequi valere; ex quo fit, ut, quod dedit, repetere ullo modo nequeat.*

mittent hat entweder seinen eigenen Nutzen, oder das Beste eines Dritten dabey intendirt. In jenem Falle nennt man den modum simplicem, in diesem aber qualificatum [2]). Wenn ich z. B. dem A. eine Summe Geldes zu dem Endzweck schenke, damit er sich ein Haus kaufe, so ist dieß ein modus simplex; habe ich aber dabey zugleich die Absicht, dem B. einen Käufer zu seinem Hause zu verschaffen, oder damit C. dadurch auf seine Lebenszeit freye Wohnung erhalte, so ist dieß ein modus qualificatus [3]). Ein modus simplex verbindet nun den Promissar nicht, denselben zu erfüllen, sondern gilt als ein bloser Rath. Es steht daher in der Willkühr des Promissars, ob er den modum erfüllen will, oder nicht, und es findet in dem letztern Falle keine Zurückforderung des Gegebenen statt [4]). Von ganz anderer Wirkung ist der modus qualificatus. Dieser legt dem Promissar eine Verbindlichkeit auf [5]); es kann daher auf die

2) CORDES cit. Diss. Cap. I. §. 11.

3) *L. 71. pr. D. de condit. et demonstrat. L. 2. §. 7. L. 3. D. de donation. L. 77. §. 14. D. de Legat. II. L. 21. §. 2. D. de annuis legat. L. 13. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor. de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. 2. nr. 7. 8. et 9. p. 124.

4) *L. 13. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor. L. 71. pr. D. de condit. et demonstrat. L. 3. D. de donationib.* CORDES cit. Diss. Cap. II. §. 13.

5) *L. 17. §. 2. D. de manumiss. testam. L. 44. D. eodem.* Zuweilen kann jedoch der modus auch per aequipollens in Erfüllung gebracht werden. Wenn nämlich der Zweck auf die Art, wie er vorgeschrieben ist, nicht geradezu erreicht werden kann, so erlauben die Gesetze, daß statt desselben, nach Beschaffenheit

Erfüllung eines modi, oder, im Verweigerungsfalle, auf die Aufhebung des ganzen Vertrags geklagt werden [6]). Es wird indessen durch die Beyfügung eines solchen modi die Verbindlichkeit des Promittenten, sein Versprechen zu erfüllen, nicht aufgehoben, sondern der Promissar erhält sogleich ein Recht auf das versprochene Object, er kann auch sogleich gegen den Promittenten auf die Erfüllung des Versprechens klagen, ohne daß ihm wegen des seiner Seits noch nicht erfüllten modi eine Exception entgegengesetzt werden kann [7]). Ein anders wäre, wenn es ausdrücklich ausbedungen worden, daß der modus erst vor allen Dingen erfüllet werden müsse. Dann kann freylich dem Promissar die exceptio doli entgegen gesetzt werden, wenn er gegen den Promittenten auf die Erfüllung seines Versprechens klagen wollte, ehe er den modum seiner Seits erfüllt hat [8]). Allein dieser Fall ist ungewöhnlich. Es unterscheidet sich vielmehr eben dadurch ein pactum modale von einem bedingten Versprechen, daß bey dem letztern erst die Bedingung existiren muß, ehe der Promissar die versprochene Sache fordern kann, dahingegen ersteres ein pactum purum ist, bey welchem erst dann, wenn der Pro-

heit der Umstände, auch wohl etwas anders gethan und geleistet werden dürfe, was mit dem ausgedrückten Zweck am meisten übereinkommt. *L. 16. D de Usu et usufr. legato. L. 4. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.* S. MEISTER cit. Diss. § 21. et MENCKEN in Diss. alleg. §. 13.

6) *L. 1. Cod. de donationibus, quae sub modo conficiuntur.*

7) *L. 41. pr. D. de contrah. emt.* LAUTERBACH in Collegio th. pr. Pandect. h. t. §. 88. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 741. in fin.

8) CORDES cit. Diss. Cap. II: §. 17.

Promittent sein Versprechen erfüllet hat, eine Verbindlichkeit auf Seiten des Promissars entsteht, den modum zu erfüllen, weil ihn die Leistung des versprochenen Objekts insgemein erst in den Stand setzt, dieses zu bewerkstelligen [9]). Ob aber der Promittent nicht wegen der Erfüllung des modi von dem Promissar eine Cautionsleistung fordern könne, ist zweifelhaft. Bey Vermächtnissen, denen ein modus beygefügt worden, haben zwar die Gesetze solches deutlich entschieden, daß der Legatar Caution machen müsse [10]). Allein bey den Verträgen scheint es an einer solchen categorischen Verordnung der Gesetze zu mangeln. Daher läugnen verschiedene Rechtsgelehrten die Nothwendigkeit einer solchen Cautionsbestellung bey Modalverträgen [11]). Es hieng ja, sagen sie, von der Willkühr des Promittenten ab, sich bey Schliessung des Vertrags eine Caution vorzubehalten. Hat er dieses nicht gethan, so kann er hernach vermöge der Gesetze nur auf die Erfüllung des modi oder, in desselben Entstehung, auf die Aufhebung des Vertrags klagen. Da indessen der eigentliche Grund der Cautionsleistung bey Modalvermächtnissen, wie Gregor Majansius [12]) bemerkt, darin liegt, weil die Zurückforderung

9) *Franc.* BALDUINUS de conditionibus cap. XIV. pag. 286. LAUTERBACH in Colleg. th. pract. Pandect. Lib. XXXV. Tit. I. §. 17. Höpfner im Commentar §. 577. MENCKEN cit. Diss. §. 5.

10) *L. 19. D. de Legat III. L. 40. §. fin. et L. 80. D. de condit. et demonstrat.*

11) S. MEISTER cit. Diss. de eo quod inter cond. resolutiv. et modum inter. §. 18. in fin. und CORDES cit. Diss. Cap. II. §. 16. in fin. pag. 26.

12) in Disp. de his, que sub modo relinquuntur. §. 18. (in EJUS *Disputat. iuris civ.* Tom. II. Disput. XLI. pag. 130.)

derung des Vermächtnisses dem Erben auf den Fall keine hinlängliche Sicherheit giebt, wenn der Legatar das Vermächtniß unterdessen verschwendet, und auch kein übriges Vermögen da seyn sollte [13]); dieser Grund aber bey Modalverträgen nicht minder statt findet, so kann ich unserm Verfasser eben nicht Unrecht geben, wenn er behauptet, daß auch wegen der Erfüllung des modi eine Caution, gefordert werden könne, zumahl da **Labeo** selbst in einem gewissen Falle dieses nicht undeutlich bestätiget [14]). Es kommt nun noch darauf an, was dem Promittenten für Rechtsmittel zustehen, wenn der modus nicht in Erfüllung geht. Man unterscheide, ob die Erfüllung des Vertrags in einem Factum, oder in der geschehenen Uebergabe einer gewissen Sache besteht. Im erstern Falle kann auf die Erfüllung des modi oder auf das Interesse [15]), im letztern Falle aber entweder auf die Erfüllung des modi, oder auf Rescission des ganzen Vertrags, und Restitution des sub modo Gegebenen geklagt werden [16]). Wird auf die Erfüllung des modi oder auf das Interesse geklagt, so ist die aus dem Hauptgeschäft entspringende Klage anzustellen. Ist nun der Hauptcontract, dem der modus ist beygefügt worden, ein benannter Contract,

13) *L. 31. in fin. D. ad Legem Falcid.*

14) *L. 58. §. 2. D. Locati.* Man sehe auch *Franc.* BALDUINI Commentar. de conditionibus. Cap. 8. in fin. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 741.

15) Factum enim revocari aut repeti non potest, postquam factum semel fuit, sagt *de* RETES Opusculor. Lib. II. Sect. II. cap. I. nr. 2. (Tom. VI. *Th. Meerm.* pag. 118.)

16) CORDES cit. Diss. §. 18.

tract, so hat der Name der Klage keine Schwierigkeit[17]). Ist aber der modus einem andern Vertrage, der kein contractus nominatus ist, beygefügt worden, so kann, wenn auf die Erfüllung desselben geklagt wird, die actio praescriptis verbis angestellt werden; denn ein solches Modalversprechen läßt sich auf die Formel do ut facias füglich reduciren[18]). Wird im Gegentheil auf die Aufhebung des ganzen Vertrags wegen der Nichterfüllung des modi geklagt, so kann dieses auf zweyerley Art geschehen. Erstlich mittelst einer personal Klage, nämlich der condictionis causa data causa non secuta[19]). Denn die datio ist bey einem pacto modali jederzeit ob causam futuram geschehen, erfolgt nun letztere nicht, so kann das Gegebene zurückgefordert werden[20]). Zwey-

17) So wird in der *L.* 41. *pr. D. de contrah. emt.* ein Beyspiel angeführt, wo mit der actione emti auf die Erfüllung des modi geklagt werden kann. S. MEISTER cit. Diss. §. 16.

18) *L. ult. Cod. de rerum permutat. L.* 28. *D. et L.* 9. *Cod. de donationib.* Diese Gesetze reden zwar nur von Schenkungen, allein es läßt sich nicht erweisen, daß die actio praescriptis verbis nur blos auf Schenkungen einzuschränken sey, wie MEISTER cit. Diss. §. 16. behaupten will. CORDES hat vielmehr in seiner angeführten Diss. §. 19. gezeigt, daß sie wegen der Gleichheit des Grundes auch bey andern Geschäften anwendbar sey. S. *L.* 20. §. 3. *D. Fam. erciscund.*

19) *L.* 2. *L.* 6. *Cod. de condict. ob caus. dator. L.* 2. §. *ult. D. de donat. L.* 1. *Cod. de donat. quae sub modo. de* RETES cit. loc. nr. 9. pag. 119. *de* BERGER in Oecon. iuris Lib. III. Tit. I. Th. 10. nr. III. (pag. 415. *edit. Winckler.*)

20) *L.* 2. *et* 8. *Cod. de condict. ob causam dator.* CORDES cit. Diss. §. 20.

tens findet auch eine Realklage statt, nämlich Rei vindicatio utilis[21]), welche besonders in dem Falle mit Nutzen gebraucht werden kann, wenn etwa die sub modo überlassene Sache sich schon in den Händen eines Dritten befinden sollte, gegen welchen die Personalklage nicht hinlänglich ist. Nur muß die Sache eine Species, und noch in natura vorhanden seyn, wenn diese Klage statt finden soll[22]). Ueberhaupt aber wird in dem Falle, da wegen der Nichterfüllung des modi auf Rescission des Ver-

21) *L. 1. Cod. de donat. quae sub modo.* Si doceas, ut affirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a te, *ut certa tibi alimenta praeberet:* vindicationem etiam in hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes: id est, actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam [non solum] *condictio* quidem tibi in hoc casu, id est, in personam actio iure procedit, verum etiam *vindicationem* quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. Einige Rechtsgelehrte wollen zwar läugnen, daß ob modum non adimpletum eine Realklage statt finde, weil die Beyfügung des modi die Uebertragung des Eigenthums nicht hindere, sie halten es daher für eine blose Ausnahme, wenn in der L. 1. Cit. die Rei vindicatio utilis dem Donatori gestattet wird, welche ultra casum legis nicht zu extendiren sey. Man sehe *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticorum Decad. XLIV. Err. 10. und *Ios. Fernand. de* RETES in acad. Relectione de donationibus Cap. XIV. §. 19. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 628.) Allein zu dieser einschränkenden Erklärung ist kein hinlänglicher Grund vorhanden; es ist auch in unserm Iure gar nichts ungewöhnliches, die utilem in rem actionem dem zu gestatten, der kein Eigenthum mehr hat *L. 5. §. 3. D. de Rei vind.* LAUTERBACH in Coll. th pract. Pandect. Lib. VI. Tit. I. §. 6.

22) CORDES cit. Diss. §. 21.

Vertrags geklagt werden soll, billig vorausgesetzt, daß der Promissar in mora sey[23]). Man unterscheide daher, ob zur Erfüllung des modi eine gewisse Zeit gesetzt worden, oder nicht; im erstern Falle kann die revokatorische Klage gleich nach Ablauf dieser Zeitfrist angestellt werden, ohne daß es einer weitern Interpellation bedarf, quia dies interpellat pro homine. Im leztern Falle hingegen muß der Promissar gerichtlich interpellirt, und ihm zur Erfüllung des modi eine Frist gesetzt werden[24]). Hat der Promissar diese verstreichen lassen, ohne ein rechtmäsiges Hinderniß bescheinigen zu können, so kann alsdann auf die Restitution des Gegebenen geklagt werden[25]) Auch der Dritte, zu dessen Besten der modus beygefügt worden, kann actione utili auf die Erfüllung des modi klagen[26]); hat

23) MENCKEN in Diss. alleg. §. 15.

24) *L. 21. §. 3. D. de annuis legat.*

25) *L. 17. D. de uſ. et uſufr. legato.*

26) *L. 3. Cod. de donat. quae ſub modo.* **wo besonders die Worte zu bemerken sind:** Sed cum postea benigna interpretatione Divi Principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem, iuxta donatoris voluntatem, competere admiserint: *actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret. competebat, tibi accommodabitur.* **S. Strubens rechtliche Bedenken III. Th. Bed. 11. So lange jedoch der Contrahent selbst am Leben ist, bleibt diesem unbenommen, wegen des nicht erfüllten modi auf die Rescission des Vertrags, und die Zurückgabe desjenigen zu klagen, was der Beklagte sub modo empfangen hat. Dem Dritten, zu dessen Vortheil der modus beygefügt worden ist, stehet also die actio utilis auf die Erfüllung desselben zu klagen, nur eigentlich dann erst zu, wenn der Contrahent, ohne seinen Willen zu ändern, mit Tode abgegangen, oder wenigstens**

hat jedoch derselbe die Erfüllung des intendirten Zwecks selbst verhindert, so wird der modus für erfüllt gehalten [27]). Man behauptet auch nicht ohne Grund, daß die revocatorische Klage alsdann nicht statt finde, wenn der modus größtentheils erfüllt worden ist [28]).

§. 337. a.

Von bedingten Verträgen I) Begriff und verschiedene Eintheilungen der Bedingung.

Einem Vertrage kann endlich auch eine **Bedingung** beygefügt werden, daher nun noch die Lehre von den **bedingten Verträgen** abzuhandeln ist. Unter einer **Bedingung** [29]) *(conditio)* in der allgemeinen Bedeutung versteht man die einer Willenserklärung beygefügte Bestimmung, wodurch das daraus entstehende Recht von einem Ereigniß, welches eintreffen oder nicht eintreffen soll, abhängig gemacht wird. In dieser allgemeinen Bedeu-

stens die Anstellung der Klage dem Willen desselben nicht entgegen ist, wie die Worte *iuxta donatoris voluntatem* nicht undeutlich zu erkennen geben. S. *Ios. Fernand. de* RETES acad. Relect. de donationibus cap. XIV. §. 16. und CORDES cit. Diss. §. 22.

27) *L.* 24. *D. de condit. et demonstrat. L.* 1. *Cod. de his, quae sub modo.* MEVIUS Part. VIII. Decis. 10.

28) Arg. *cap.* 9. *X. de poenis.* Man sehe LEYSER Meditat. ad Pandectas. Vol. VI. Specim. CCCCXXXV. medit. 4.

29) *Franc.* BALDUINI Commentar. de conditionibus, adject. EIUSDEM commentar. de pignoribus et hypothecis. *Basiliae* 1557. 8. *Philibert.* BRUSSELII de conditionibus libri quatuor. *Bruxellae* 1659. 8. und *Io. Iust.* RAVENSBERG Opuscul. de conditionibus conventionum et ultimarum voluntatum. *Ienae* 1752. 8.

deutung kann nun die Bedingung auf mancherley Art eingetheilt werden.

Sie kann I) entweder eine ausdrückliche *(conditio expressa)* oder eine stillschweigende *(tacita)* seyn. Ist nämlich die Bedingung mit Worten deutlich ausgedrückt, so heißt sie eine ausdrücklich beygefügte; z. B. wenn ich dem Cajus sein Pferd abkaufe, mir aber ausbedinge, daß wenn mich der Kauf binnen vier Wochen gereuen sollte, Cajus das Pferd wieder nehmen müsse. Wenn hingegen die Bedingung in der Natur des eingegangenen Geschäfts selbst gegründet ist, oder aus der vermuthlichen Absicht der Interessenten, oder sonst aus den Worten derselben gefolgert werden kann, so heißt dieselbe eine stillschweigende beygefügte Bedingung. Ein Beyspiel davon giebt uns das Versprechen eines Heyrathsguts, welches immer die Bedingung, wenn die Ehe wirklich erfolgt, in sich schließt, wenn sie gleich nicht ausdrücklich beygefügt worden ist. Es kann daher der versprochene Brautschatz nicht eher gefordert werden, als bis die Heyrath geschlossen ist[30]), wenn gleich dem Versprechen eine Zahlungsfrist, z. B. binnen einem Jahre, beygefügt worden, denn diese fängt nicht von dem Tage des Versprechens, sondern vom Tage der vollzogenen Ehe zu laufen an[31]). Ist der Brautschatz auch vor der Ehe überliefert worden, so kann solcher, wenn die Ehe hernach nicht erfolgt, zurückgefordert werden[32]); und hat die Braut wegen des versprochenen Heyrathsguts dem Bräutigam

30) *L.* 4. §. 2. *D. h. t. L.* 21. *L.* 41. §. 1. *D. de iure dot.*

31) *L.* 48. *pr. D. de iure dot.*

32) *L.* 7. *in fin. L.* 8. *D. de iure dot.*

tigam Anweisung an ihren Schuldner gegeben, so kann sie die Schuld nicht beytreiben, so lange ungewiß ist, ob die Ehe zu Stande kommen wird [33]). Auch ein Verkauf oder ein Vermächtniß künftiger Früchte aus einem gewissen Grundstück versteht sich immer unter der Bedingung, wenn welche wachsen werden. [34]). Nicht minder bedingt war bey den Römern die Stipulation eines servi hereditarii. Denn sie galt nur unter der Voraussetzung, si adita sit hereditas [35]). In diesen Fällen liegt die Bedingung in der Natur der Sache; allein sie kann auch in der vermuthlichen Absicht der Interessenten gegründet seyn. **Paulus** [36]) giebt uns davon ein treffendes Beyspiel. Es war nämlich zwischen dem Pächter und Verpächter eines Grundstücks ausgemacht worden, daß ersterer vor Ablauf der Pachtzeit nicht verdrängt werden sollte, es hätte sich auch letzterer auf den Contraventionsfall zu einer Geldstrafe verbindlich gemacht. Nun fügte sich's, daß der Pächter zwey Jahre nach einander den Pachtzinß schuldig blieb. Es fragte sich also, ob derselbe sine metu poenae des Pachts entsetzt werden könne? **Paulus** entscheidet diesen Fall bejahend; denn wenn gleich in der Pönal-Stipulation von der Bezahlung des Pachtgeldes nicht ausdrücklich erwähnet worden ist, so haben doch wahrschein-

33) *L. 80. D. eodem.*

34) *L. 1. pr. et §. 3. D. de condit. et demonstrat. L. 25. §. 1. D. quando dies legator. L. 8. pr. D. de contrah. emt. L. 73. pr. D. de verbor. obligat.* Man vergleiche auch §. 303. Not. 10. dieses Commentars.

35) *L. 73. §. 1. D. de Verbor. obligat.*

36) *L. 54. §. 1. D. Locati.*

scheinlich die Contrahenten jenes pactum unter keiner andern Voraussetzung geschlossen, als daß der Pächter den Zinß richtig abtrage, und den Pachtbedingungen seiner Seits das gehörige Genüge leiste. Da er nun dieses nicht gethan, so kann auch von Seiten des Verpächters die Strafbedingung nicht statt finden. So ist ferner ein Universal-Fideicommiß, womit ein Vater seine Kinder beschweret hat, immer unter der Bedingung zu verstehen, wenn diese ohne rechtmäßige Leibeserben versterben sollten, weil es widernatürlich ist, anzunehmen, daß der Großvater den Sinn gehabt haben sollte, seinen Enkeln ihr näheres Erbrecht zu entziehen [37]). Zuweilen kann auch eine stillschweigende Bedingung aus den Worten selbst gefolgert werden [38]), wenn z. B. der Willenserklärung die Bestimmung einer ungewissen Zeit [39]), oder eine von der Zukunft hergenommene Beschreibung ist beygefügt worden [40]), so wie es endlich auch Fälle giebt, da eine anfangs ausdrücklich beygefügte Bedingung in der Folge als still-schwei-

37) *L.* 102. *D. de condit. et demonstrat. L.* 30 *Cod. de Fideicommiss. L.* 6. *Cod. de instit. et substitut.* Mehrere Beyspiele enthalten die *L.* 34. *D. Mandati. L.* 85 *in fin. D. de Legat. III. L.* 107. *in fin. D. de condit. et demonstrat.* et *L.* 6 *pr. D. Quando dies legator. ced.* S. BALDUIN cit. Commentar. cap. 4. und BRÜSSEL de conditionibus Lib. IV. Tit. 1.

38) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 189.

39) *L.* 45. §. 3. *D. de Verb. obligat. L.* 22. *pr. D. Quando dies legator.*

40) *L.* 85. *in fin. D. de Legat. III.* Plane in mortis tempore collatum hunc sermonem: *vestem, quae mea erit*, sine dubio pro conditione accipiendum puto: sed et *Stichum, qui meus erit*, puto pro conditione accipiendum.

schweigend wiederholt angesehen wird [41]). Solche stillschweigende Bedingungen haben bey Verträgen, aus welchen das bedingte Recht auf die Erben des Promissars übergeht, mit den ausdrücklichen gleiche Wirkung [42]); bey letztern Willensverordnungen hingegen schieben nur diejenigen die Erwerbung des daraus entstehenden Rechts auf, welche in der probabili mente testatoris gegründet sind [43]); dahingegen diejenigen, die sich ex ipsa rei natura verstehen, die Disposition des Erblassers nicht bedingt machen, und daher auch die Transmission der Verlassenschaft auf die Erben des Honorirten nicht hindern [44]).

II) Kann auch die Bedingung in jenem allgemeinen Sinne entweder eine conditio in praesens, oder in praeteritum, oder in futurum collata seyn, je nachdem sie sich entweder auf eine solche Begebenheit, die jetzt, da die Bedingung gemacht wird, existiren soll, oder auf eine vergangene, die sich schon zugetragen haben soll, oder auf eine noch zukünftige

41) L. 19. *pr. D. constituta pecun.* Id, quod *sub conditione* debetur sive pure sive certo die constituatur, *eadem conditione suspenditur*, ut existente conditione teneatur; deficiente, utraque actio depereat. S. BRÜSSEL cit. loc. Libr. I. Tit. 4.

42) VINNIUS in Commentar. ad §. 4. I. de Verbor. obligat. *Ant.* FABER Coniectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 1. pag. 716. Anderer Meinung sind LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 71. und COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 43.

43) L. 102. *et* L. 107. *D. de condit. et demonstr.* L. 6. *pr. D. Quando dies legator.* VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. VII. §. 4.

44) L. 99. *D. de condit. et demonstr.* L. 25. §. 1. *D. Quando dies legator.* VOET cit. loc. §. 3.

künftige beziehet[45]). So ist es z. B. eine conditio in praesens collata, wenn jetzt mein Freund Titius noch lebt, wenn Sempronius jetzt verheyrathet ist. Eine conditio in praeteritum collata ist z. B. die, wenn Cajus meine Geschäfte besorgt hat, oder wenn Sejus ohne Descendenz gestorben ist. Eine conditio in futurum collata ist z. B. die, wenn Titius consentiren, oder die Mevia heyrathen wird. Diese letztere wird im eigentlichen Verstande eine **Bedingung** genennt, welche also eine noch zukünftige Begebenheit voraussetzt, von deren Eintreffen oder Nichteintreffen die Wirkung eines gewissen rechtlichen Geschäfts, und folglich die Erwerbung oder der Verlust des daraus entstehenden Rechts abhängt[46]). In dieser eigentlichen Bedeutung sagt daher Ulpian[47]): nullam esse conditionem, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens; veluti *si Rex Parthorum vivit: si navis in portu stat;* und eben so Papinian[48]): Nec placuit

45) *L. 16. D. de iniusto; rupto, irrito fact. testam.* Multum autem interest, qualis conditio posita fuerit, nam aut *in praeteritum* concepta ponitur, aut *in praesens*, aut *in futurum*. In praeteritum concepta ponitur, veluti: *si Titius consul fuit.* Ad praesens tempus conditio adscripta est, veluti: *Si Titius Consul est.*

46) *L. 39. D. de reb. cred.* Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, cum *in futurum* confertur. Et §. 4. *I. de verb. oblig.* Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio: veluti, *si Titius Consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes?*

47) *L. 10. in fin. D. de condit. institut.*

48) *L. 120. D. de verbor. obligat.*

placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant. Die Bedingung kann ferner

III) entweder eine aufschiebende (conditio suspensiva) oder eine auflösende (conditio resolutiva) seyn. Ist nämlich die Bedingung von der Art, daß durch den Eintritt derselben das Geschäft, dem sie beygefügt worden, erst seine vollkommene Gültigkeit erhalten, und dadurch die davon abhangende Erwerbung des Rechts erst vollendet werden soll, so wird sie eine Suspensivbedingung genennt. Ist sie hingegen auf eine solche Art ausgedrückt, daß durch den Eintritt derselben die Wirkung und Gültigkeit des Geschäfts, dem sie beygefügt worden, wieder aufhören soll, so heißt sie eine Resolutivbedingung. Wendet man diese Begriffe auf Verträge an, so ist ein pactum unter einer suspensiven Bedingung geschlossen, wenn der Vertrag nicht eher vollkommen seyn soll, als bis die Bedingung existirt. Z. B. wenn ich einem eine Sache mit dem Beding verkaufe, daß der Kauf erst alsdann gelten soll, wenn sich binnen vier Wochen kein beßerer Käufer finden wird. Ein pactum ist hingegen sub conditione resolutiva geschlossen, wenn der Vertrag zwar gleich gültig seyn, allein seine Gültigkeit verlieren soll, sobald die beygefügte Bedingung zur Wirklichkeit kommt. Z. B. wenn ausbedungen worden, daß der ganze Kaufhandel wieder zurückgehen, und aufgehoben seyn solle, wenn sich binnen der bestimmten Zeit ein besserer Käufer finden sollte[49]). Es kann also die nämliche

49) *L. 2. pr. de in diem addict.* Quoties fundus in diem addicitur: utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur; an

nämliche Bedingung nach der Absicht der Contrahenten entweder als eine suspensive oder als eine resolutive ausgemacht werden, und es muß daher immer darauf gesehen werden, wie die Worte des Contracts gefaßt sind, um daraus zu beurtheilen, welche Wirkung der Bedingung beyzulegen sey [50]). Der Unterschied zwischen diesen beyden Arten der Bedingung besteht darin, daß jene die Perfection des Geschäfts, dem sie beygefügt worden, und also den Anfang des daraus zu erwerbenden Rechts; diese aber nicht die Gültigkeit der Handlung selbst, sondern die Dauer des daraus erworbenen Rechts bis zu deren Existenz in suspenso läßt. Daher wird nur eigentlich in dem ersten Falle, wenn dem Vertrage eine conditio suspensiva ist beygefügt worden, der Handel in den Gesetzen bedingt genennt, und gesagt, daß sub conditione contrahiret worden sey; dahingegen in dem letztern Falle, da die Bedingung eine resolutive ist, in den Gesetzen gesagt wird, das pactum sey an sich purum,

an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est? Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit? Nam si quidem hoc actum est, *ut, meliore allata conditione, discedatur*, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur: Sin autem hoc actum est, *ut perficiatur emtio, nisi melior conditio afferatur:* erit emtio conditionalis.

50) Im Zweifel wird eine conditio resolutiva eher, als eine suspensive, vermuthet. Nam quilibet actus sui natura purus, atque perfectus esse praesumitur, nisi constet, quod sub conditione eum differre voluerint agentes. *L. 7. in fin. L. 8. D. de iure dot. L. 1. §. 2. D. pro dote.* S. LAUTERBACH in Coll. Pandect. Lib. XVIII. Tit. 2. §. 7. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 904.

rum, und werde nur sub conditione resolvirt[51]).

IV. Kann die Bedingung auch entweder eine affirmative oder eine negative seyn, je nachdem die Erwerbung oder der Verlust eines Rechts entweder davon abhängt, wenn eine gewisse Handlung oder Begebenheit geschehen, oder wenn sie nicht geschehen wird. Z. B. wenn ich dem A. meine Tochter zur Frau zu geben verspreche, wofern er die juristische Doctorwürde annehmen wird; so ist die Bedingung bejahend ausgedrückt. Sage ich aber, du sollst mein Reitpferd haben, wenn du eine gewisse Klage wider mich nicht anstellen wirst, so ist diese Bedingung verneinend.

V. In der Bedingung liegt ferner entweder ein Widerspruch, der ihrer Wirklichkeit entgegen steht, oder nicht. Im ersten Falle ist sie eine mögliche, in dem letzern aber eine

51) *L. 3. D. de contrah. emt. L. 1. D. de lege commissor. L. 2. pr. D. de in diem addict. L. 2. §. 3. D. pro emtore.* Wenn es in der letzten Stelle heißt: Si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur, so heißt dieß soviel als: Wenn der Vertrag unter einer Resolutivbedingung ist geschlossen worden, so hängt von deren Erfolg mehr das Ende, als der Anfang des Contracts ab. S. Westphals System des Röm. Rechts von den Arten der Sachen, Besitz und Eigenthum §. 626. Aus diesen Gesetzstellen erhellt übrigens, daß die röm. Rechtsgelehrten nur eigentlich die Suspensivbedingung mit dem Namen einer *conditionis* belegt haben. Daher halten auch viele andere Rechtsgelehrten nur die aufschiebende Bedingung allein für eine wahre conditio. S. BRÜSSEL de conditionib. L. I. Tit. I. nr. 5. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 187. et 196. nr. II.

eine unmögliche Bedingung [52]). Letztere ist im eigentlichen Verstande keine wahre Bedingung. Denn eine Bedingung im eigentlichen Sinne setzt immer eine künftige Begebenheit voraus, von welcher ungewiß ist, ob sie eintreffen wird, oder nicht. Allein eine unmögliche Bedingung ist so geartet, daß man entweder gleich weiß, daß sie existiren oder nie existiren wird, je nachdem sie nämlich entweder negativ oder affirmativ ist beygefügt worden [53]). Indessen reden die Gesetze doch selbst von unmöglichen Bedingungen, und es läßt sich auch die bemerkte Eintheilung wohl annehmen, wenn man auf die Conception der Worte Rücksicht nimmt, und die oben angegebene allgemeine Bedeutung einer Condition zum Grunde legt. Eine unmögliche Bedingung ist nun entweder physisch oder moralisch unmöglich, je nachdem die Erfüllung derselben entweder den Kräften der Natur, oder den moralischen Gesetzen und guten Sitten zuwider ist [54]). Eine solche Bedingung, welche eine unerlaubte und verbotene Handlung desjenigen betrifft, dem sie auferlegt worden,

 wird

52) PAULUS *Lib. III. Sentent. receptar. Tit. IV.* B. §. 1. (in SCHULTING Iurisp. Antej. pag. 345.) Conditionum duo sunt genera: aut enim *possibilis* est aut *impossibilis*. Possibilis est, quae per rerum naturam admitti potest; impossibilis, quae non potest.

53) *L. 7. D. de verbor. obligat. L. 9. §. 1. D. de Novation.* S. BRÜSSEL Lib. I. Tit. I. nr. 11. sqq. *Greg.* MAJANSIUS Disputation. iur. civ. Tom. II. Disput. XXXIV. §. 1. HOFACKER l. c. §. 195.

54) §. 1. 2. *et* 11. *I. de inutil. stipulat. L. 9. 14. et 15. D. de condit. Institut. L. 35. L. 61. et L. 137. §. 6. D. de verbro. obligat.*

wird auch eine schändliche Bedingung (conditio turpis) genennt[55]). Z. B. wenn ich einem etwas unter der Bedingung verspreche, daß er wider den B. ein falsch Zeugniß vor Gericht ablege, oder denselben ausprügele. Wenn ich hingegen sage, du sollst mein Erbe seyn oder mein Vermögen unter den Lebendigen geschenkt erhalten, wenn du in einem Tage von hier nach Paris reisen wirst, so ist diese Bedingung physisch unmöglich. Ich bemerke hier noch folgendes. 1) Manche Conditionen sind in Testamenten verboten, welche bey Verträgen für erlaubt und möglich gehalten werden. Ein Beyspiel davon giebt die conditio iurisiurandi. Diese ist in den letzten Willensverordnungen reprobirt, und wird für nicht geschrieben gehalten, obwohl dasjenige, wozu sich der Erbe oder Legatar mittelst des Eides verpflichten sollte, dennoch erfüllt werden muß, soweit es den Gesetzen nicht zuwider ist[56]). Allein bey Verträgen verhält sich die Sache anders, denn da muß ein zur Bedingung gemachter Eid wirklich geleistet werden[57]). 2) Die Möglichkeit oder Un-

55) *L.* 29. §. 2. *D. de testam. militis. L.* 20. *D. de condit. et demonstrat.*

56) *L.* 8. *D. de condit. institut. L.* 20. *et* 26. *De de condit. et demonstrat. Car. Frid.* WALCHII de conditione iurisiurandi, ultimis voluntatibus adiecta, lib. sing. *Ienae* 1759.

57) *L.* 39. *D. de iureiurando L.* 19. §. *ult. D. de donationib. L.* 6. *Cod. communia utriusq. iudicii* BALDUINUS de conditionibus Cap. VII. pag. 204. sq. *Greg.* MAJANSIUS in Diss. de iurisiurandi conditione, a Praetore remissa §. 15. (*Disputationum, iur. civ.* Tom. I. Disp. V. pag. 95.) *Theod. Regn. de* BASSEN de iureiurando veterum in primis Romanor. lib. sing. (*Traj. ad Rhen.* 1728.) Cap. VII. §. 3. in fin. und Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 317.

Unmöglichkeit einer Bedingung soll vermöge der Gesetze vorzüglich nach den Umständen der Zeit, da das Versprechen geschehen, beurtheilt werden. Sollten sich auch die Umstände in der Folge ändern, und etwas, was Anfangs unmöglich war, vielleicht noch möglich werden können, so rechnen doch die Gesetze auf dergleichen zufällige Möglichkeiten nicht [58]).

VI) Die mögliche Bedingung ist endlich entweder casualis oder potestativa oder mixta [59]). Hängt nämlich die Existenz der Bedingung bloß vom Zufall, und solchen äusserlichen Umständen ab, zu deren Ereigniß der nichts beytragen kann, dessen Recht daran gebunden ist, so ist es eine zufällige Bedingung; z. B. ich verspreche dem A. etwas unter der Bedingung, wenn B. Consul werden, oder mein Schiff glücklich in Ostindien ankommen wird. Steht hingegen die Erfüllung der Bedingung ganz in der Macht und dem Willen desjenigen, dessen Recht davon abhängt, so heißt dieß eine potestative Bedingung [60]); z. B. ich verspreche dem Titius

 etwas

58) *L.* 137. §. 6. *D. de verbor. obligat.* Nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: *non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis, aestimari debet stipulatio.* In der *L.* 35. §. 1. *D. eodem.* werden erläuternde Beyspiele hiervon angeführt. S. BRUSSEL de conditionib. Lib. I. Tit. 2. nr. 12. et 15.

59) *L. fin.* §. 7. *C. de caducis toll.* Sin autem aliquid sub *conditione* relinquatur, vel *casuali*, vel *potestativa*, vel *mixta*, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat.

60) In den Gesetzen wird diese conditio auch promiscua genennt. *L.* 11. §. 1. *D. de condition. et demonstrat.* Warum? untersuchen

etwas unter der Bedingung, wenn er heyrathen, oder ein gewisses Geschäft für mich ausrichten wird. Müssen endlich theils der Wille desjenigen, dem die Bedingung auferlegt worden ist, theils andere äusserliche Umstände, die nicht in seiner Macht sind, wohin auch eine von den Hauptinteressenten unabhängige Willkühr eines Dritten zu rechnen ist, zusammen wirken, um die Erfüllung der Bedingung möglich zu machen, so ist eine **Bedingung gemischter Art** vorhanden[61]). Z. B. ich verspreche dem A. eine

suchen MERILLIUS Observat. Lib. IV. cap. 14. CUJACIUS Lib. XIV. Observat. cap. 2. und RAGUELLUS in Commentar. ad Decision. Iustiniani. Lib. VI. pag. 542.

61) Verschiedene Rechtsgelehrten verwerfen zwar den Unterschied zwischen einer conditio potestativa und mixta, und halten die erstere für ein Figment, weil auch selbst der Wille des Menschen dem Zufall unterworfen sey. Sie wollen daher nur zweyerley Arten der möglichen Bedingung annehmen, nämlich die casualem und mixtam. Dieser Meinung sind *Iac. Frid.* LUDOVICI in usu pract. Distinctionum iurid. Lib. XXXV. Tit. I. Dist. 3. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Elem. iuris civ. sec. ord Pandectar. Lib. XXVIII. Tit VII. §. 64. Not. *) und *Aug. Frid.* SCHOTT in Observat. de conditionis potestativae figmento. (in *Opusc. jurid.* Lipsiae 1770. 8. pag. 272. sqq.) Allein es ist dagegen schon von andern erinnert worden, daß zwar unterweilen allerdings auch die Erfüllung einer conditionis potestativae durch zufällige Umstände **gehindert werden könne**; allein da dieses doch nur etwas ungewöhnliches ist, so folgt daraus noch nicht, daß deßwegen eine jede conditio potestativa auch mixta sey, indem vielmehr eine conditio mixta ihrer Natur nach allemal mit äusserlichen zufälligen Umständen verbunden ist, welche ausser dem Willen desjenigen, dem die Bedingung gemacht worden, zusammen treffen müssen, um die

A. eine Summe Geldes, wenn er die B. heyrathen wird, oder C. soll mich beerben, wenn er einen Sohn mit seiner Frau zeugen wird.

§. 337. b

II) Von den rechtlichen Wirkungen bedingter Verträge a) wenn die Bedingung möglich und zwar α) resolutiv ist.

Soviel nun hiernächst die **Wirkungen bedingter Verträge** anbetrifft, so ist zuförderst der Unterschied zu machen, ob die beygefügte Bedingung eine conditio in praesens oder in praeteritum oder in futurum collata ist. In den ersten beyden Fällen wird dadurch die Erwerbung des davon abhängenden Rechts nicht aufgeschoben, sondern sobald gewiß ist, daß der zur Bedingung gemachte Umstand der jetzigen, oder vergangenen Zeit wirklich so zugetroffen sey, als er sich ereignen oder ereignet haben sollte, so bekommt der Promissarius das versprochene Object, wo nicht, so ist alle Hoffnung, solches zu erhalten, auf immer verlohren. Der Vertrag, der unter einer solchen Bedingung ist geschlossen worden, ist also entweder gleich gültig, oder auf immer ungültig [62]). Betrift hingegen

die Erfüllung derselben zu bewirken. Man vergleiche BRUSSEL l. c. Lib. I. Tit. 2. nr. 3. *Ios.* FINESTRES Praelectiones Cervarienses pag. 74. *Christ. Gottl.* EINERT varia iuris civilis capita (*Lipsiae* 1773.) Cap. 2. *de* CRAMER Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 984. §. 29. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 188. not c. und **Höpfner** im Commentar über die Institutionen §. 492.

62) §. 6. *I. de verbor. obligat.* Conditiones, quae ad praesens vel praeteritum tempus referentur, aut statim infirmant obligationem,

gegen die dem Vertrage beygefügte Bedingung eine Begebenheit der Zukunft, so ist dieselbe entweder möglich oder unmöglich. In dem erstern Falle kommt es nun hauptsächlich darauf an, ob sie eine resolutive oder eine suspensive Bedingung ist. Wenn eine auflösende Bedingung dem Vertrage ist beygefügt worden, so sind die Wirkungen derselben verschieden, je nachdem sie entweder noch pendens, das heißt, noch ungewiß ist, ob sie zur Wirklichkeit kommen wird, oder eintritt, (existit) oder nicht eintritt, (deficit). Da die Resolutivbedingung den Anfang des Rechts nicht aufhält, so ist der Vertrag, so lange die Condition noch pendens ist, gleich vollkommen gültig, und wie eine conventio pura anzusehen. Wenn ich also dem andern vermöge eines unter einer solchen Bedingung mit ihm geschloßenen Vertrags eine Sache tradiret habe, so wird er Eigenthümer, oder war ich es selbst nicht, so kann er wenigstens eine Usucapian anfangen. Er zieht ferner pendente conditione die Nutzungen

tionem, aut omnino non differunt: veluti, *si Titius consul fuit*, vel *si Maevius vivit, dare spondes?* Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. *L.* 37. *D. de reb. credit.* Cum ad praesens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, et si conditio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent; veluti, *si Rex Parthorum vivit, centum dare spondes?* Eadem sunt, et cum in praeteritum conditio confertur. *L.* 100. *D. de verb. obligat.* Conditio in praeteritum, non tantum in praesens tempus relata, statim aut *peremit obligationem*, aut omnino *non differt.* S. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L 37. D. de reb. *cred.* und *Io.* ALTAMIRANUS in Commentar. ad Lib. I. Quaestion. Scaevolae Tractat. I. ad L. 38. D. de reb. credit (in *Thes. Meermann.* Tom. II. p. 383. sq.)

zungen, und kann sich der Eigenthumsrechte bedienen; er kann daher die Sache vindiciren, kann sie verpfänden; er trägt aber auch die Gefahr, wenn die Sache durch einen Zufall zu Grunde geht [63]). Tritt die Bedingung nicht ein, so bleibt die Convention gültig, ja es wird nun ein unumstößlicher Vertrag daraus; die in der Zwischenzeit gezogenen Früchte bleiben dem Besitzer nun unwiderruflich eigen, und alle über die Sache getroffene Verfügungen erhalten eine fortdauernde Gültigkeit [64]). Kurz wenn die resolutive Bedingung deficirt, so wird es eben so angesehen, als ob dem Vertrage nie eine Bedingung wäre beygefügt worden [65]). Existirt hingegen die Bedingung, so verliert der Vertrag hierdurch alle seine Gültigkeit, so daß es eben so gut ist, als ob er nie wäre eingegangen worden [66]). Es muß daher nicht nur die Sache mit allen in der Zwischenzeit gezogenen Früchten wieder zurückgegeben werden, sondern es hört auch das Pfandrecht und jede andere Beschwerung auf, welche der Besitzer inzwischen auf das unter einer solchen Resolutivbedingung erhaltene Grund-

63) *L. 2. pr. et* §. 1. *L. 4.* §. 3. *D. de in diem addict. L. 41. D. de rei vindicat. L. 66. D. eod. L. 2.* §. 4. *et* 5. *D. pro emtore.* BRÜSSEL de conditionib. Lib. IV. Tit. 5. nr. 2—8.

64) *L. 6. pr. D. in diem addict.* BRÜSSEL c. l. nr. 13.

65) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 196.

66) Zuweilen kann jedoch auch alternative entweder Ungültigkeit des Handels, oder eine zu bezahlende Conventionalstrafe ausgemacht worden seyn, wovon die *L. 6. pr. D. de serv. export.* ein Beyspiel giebt. Man sehe Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- und Miethcontract. §. 650.

Grundstück gelegt hat[67]). Es können jedoch auch noch andere Wirkungen statt finden, je nachdem diese Bedingung entweder in der Maaße beygeführt worden, daß der Contract für gar niemals geschloßen, sondern für ipso iure nichtig schlechterdings gehalten werden solle, wenn die Bedingung existirt, z. B. wenn sich ein beßerer Käufer zu der Sache findet, die ich einem unter dieser Bedingung verkauft habe; oder daß man sich nur das Recht vorbehalten, von dem Contracte wieder abzugehen, wenn die beygefügte Resolutivbedingung existiren sollte, z. B. wenn das Kaufgeld nicht zur gesetzten Zeit bezahlt werden würde[68]). Im ersten Falle wird das unter der Bedingung eingeräumte Recht, mit dem Eintritt derselben, als von Anfang an nichtig, und folglich als nie übertragen angesehen, das Eigenthum der Sache fällt also von selbst wieder an den Contrahenten, der

67) *L. 6. pr. L. 4. §. 3. D. de in diem addict. L. 3. D. quib. mod. pign. vel hyp. solvit L. 19. D. de Usurpat. et Usucap. L. 6 §. 1. D. de div. temp. praescript.* BRÜSSEL l. c. Lib. IV. Tit. 5. nr. 8. sqq. HOFACKER l. c. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 740. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf- Pacht- und Miethcontract §. 744.

68) Verschiedene Rechtsgelehrten wollen diese beyderley Arten der Resolutivbedingung darnach beurtheilen, ob verba directa oder obliqua gebraucht worden sind. Z. B. VOET in Commentar. ad Pandect. Lib. XVIII. Tit. 2. §. 5. LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. L. XVIII. Tit. 2. §. 14. STRYK Us. mod. Pandectar. Lib. XVIII. Tit. I. §. 32. sqq. Allein daß es hierbey nicht auf die Worte ankomme, lehrt die *L. 6. §. 1. D. de contrah. emt.* wo auch der Grund angeführt wird: in emtis et venditis potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est. Man sehe *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de verbis directis et obliquis. (*Halae* 1717.) §. 30. et seqq.

der es übertragen hatte, zurück, und dieser kann sich daher nicht nur der Klage aus dem Contracte, sondern auch sogar der Eigenthumsklage bedienen, wenn die Sache unterdeßen in die Hände eines dritten Besitzers gerathen seyn sollte [69]. In dem letztern Falle hingegen kann derselbe bloß mit der actione personali ex contractu [70], oder mit einer condictione [71] das Gegebene zurückfordern, die Reivindication hingegen findet hier nicht statt [72] Hieraus erhellet zugleich, wie sich die conditio resolutiva von dem modo unterscheidet [73]. Ich bemerke hiervon nur folgendes. 1) Die conditio resolutiva kann eben sowohl casualis als potestativa seyn, der modus hingegen ist nie casualis, sondern allezeit potestativus, denn er enthält immer etwas, dessen Leistung in der Gewalt des Promissarius

69) *L. 41. D. de rei vindicat. L. ult. D. de lege commiss. L. 1. et L. 4. Cod. de pact. inter. emtor. et vendit. compos.* S. *Ger.* NOODT Comment ad Pandect. L. XIII. Tit. 3. circ. fin. (*Oper.* Tom. II. pag. 400.) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. eod. Lib. XVIII. Tit. II. §. 13. *Christ. Frid. Ge.* MEISTERI Diss. de eo, quod inter conditionem resolutiv. et modum interest. (*Goettingae* 1768.) §. 8. *Gust. Ant. de* WOLFFRADT Diss. sistens theor. general. de acquisitione fructuum. (*Goetting.* 1783.) praes. *Ge. Lud.* BOEHMERO def. §. 16. sq. und Schmidts pract. Lehrbuch von gerichtl. Klagen und Einreden §. 905.

70) *L. 4. pr. D. de lege commiss.*

71) *L. 7. in fin. D. de jure dot.*

72) *L. 9. pr. D. de iure dot. L. 3. Cod. de pactis inter emtor. et venditor. composit.*

73) Hiervon handelt vorzüglich die angeführte Meisterische Disputation.

sarius steht, und nicht bloß von zufälligen Umständen abhängt. Die conditio resolutiva legt demjenigen, dem etwas unter einer solchen Bedingung ist überlassen worden, keine Verbindlichkeit auf, sondern die Wirkung derselben hängt von dem Erfolg ab. Modus hingegen legt dem Promissar eine Verbindlichkeit auf, denselben zu erfüllen. Endlich 3) wenn die conditio resolutiva eintritt, so hört die Gültigkeit des Vertrags auf, und kann gleich auf Rescission und Zurückgabe des Empfangenen geklagt werden, allein, wenn der modus nicht erfüllt wird, so hört deßwegen die Gültigkeit des Vertrags nicht immer sogleich von selbst auf, sondern der Promissar muß zuförderst auf die Erfüllung des modi belangt werden [74].

§. 337. c.

β) Wirkung der suspensiven Bedingung bey Verträgen; 1) insofern sie noch pendens ist.

Ist dem Vertrage eine suspensive Bedingung beygefügt worden, so ist auch hier zu unterscheiden, ob die Condition noch pendens ist, oder ob sie existirt, oder ob sie nicht in Erfüllung geht.

1) So lange die Suspensivbedingung noch pendens ist, d. i. so lange es noch ungewiß ist, ob sie erfüllt werden wird, oder nicht, ist zwar der Vertrag noch nicht gültig. Denn die Gültigkeit desselben hängt hier lediglich von dem Ausgange der Bedingung ab. So lange also dieser noch in suspenso ist, bleibt alles in dem vorigen Stande, und der Promissar hat weiter nichts, als die Hoffnung, dereinst

74) Höpfners Commentar über die Institutionen §. 741.

einst etwas zu erwerben, wenn die Bedingung existirt *). Er kann daher auch noch nicht auf die Erfüllung des Versprechens klagen[75]), wenn gleich derselbe sich zu einer Cautionsleistung verstehen wollte, daß er das versprochene Object wieder zurückgeben wolle, wenn die Bedingung nicht zur Wirklichkeit kommen sollte. Eine solche Caution findet bey Verträgen nicht statt, gesetzt auch, daß die dem Versprechen beygefügte Condition eine Potestativbedingung von der Art wäre, daß sie, so lange der Promissarius lebt, nicht für erfüllt gehalten werden kann, weil man nicht gewiß seyn kann, daß er der Bedingung nicht zuwider

*) §. 4. *I. de verb. obligat.* Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri.

75) *L.* 9. *pr. D. de reb. cred.* Si in diem sit, vel sub conditionem obligatio, ante diem vel conditionem non potero agere; *L.* 13. §. 5. *D. de pign. et hyp.* Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur; und in der *L.* 213. *pr. D. de Verb. signific.* wird die Regel gegeben: Pendente conditione dies neque cedit, neque venit. Dem Kläger würde also die exceptio *plus petitionis tempore* entgegen stehen, wenn er vor Erfüllung der Bedingung klagen wollte. §. 33. *I. de actionib.* S. BRÜSSEL Lib. II. Tit. 1. nr. 23. et 26. Jedoch kann eine Sicherheitsbestellung wegen der Erfüllung des Versprechens auf den Fall, da die Bedingung existiren sollte, aus einer rechtmäßigen Ursache allerdings gefordert werden, *L.* 41. *D. de iudic. L.* 13. §. 5. *D. de pignor. et hyp. L.* 16. *pr. D. de hered. petit. L.* 6 *pr. L.* 7. §. 14. *L.* 14. §. 2. *D. Quib. ex caus. in possess. eatur.* BALDUINUS de conditionib. cap. XII. pag. 268. BRÜSSEL c. l. nr. 27. pag. 121. sq.

wider handeln werde[76]). Z. E. ich verspreche einem, daß er mein Haus zum Geschenk haben solle, wenn er in seinem

76) Es ist zwar in einem solchen Falle bey den letzten Willensverordnungen die sogenannte mucianische Caution eingeführt, allein bey Verträgen ist dieselbe nicht zuläßig, wie aus dem §. 4. *I. de verbor. obligat.* erhellet, wo gesagt wird: Si quis ita stipuletur, *si in Capitolium non ascendero, dare spondes?* perinde erit, acsi stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari. Zwar will *Franc.* BALDUINUS in Commentar. de conditionibus cap. 8. in fin. eine Ausnahme in dem Falle machen, da ein Nießbrauch unter einer solchen Bedingung, die erst mit dem Tode des Promissars in Erfüllung geht, versprochen worden ist, weil sonst das ganze Versprechen unnütz seyn würde, da der Nießbrauch nicht auf die Erben geht. *L.* 51. *D. de Usufructu.* Allein diese Ausnahme ist in den Gesetzen nicht gegründet. S. BRÜSSEL c. l. Lib. III. Tit. 3. nr. 13. pag. 346. *Ian. a* COSTA in Comment. ad §. 4. I. de verbor. obligat. und *Ian. Ever.* REUVENS Diss. de cautione Muciana. (*Lugd. Batavor.* 1784.) Cap. I. §. 7. Der Grund, warum die mucianische Caution nicht bey Verträgen, sondern nur bey letzten Willen, statt findet, liegt darin, weil die letzten Willensverordnungen wegen der größern Zuneigung des Testirers gegen die Person des Honorirten eine ausgedehntere Erklärung leiden, (*L.* 12. *D. de Reg. iur.*) als Verträge, welche bey weitem so begünstiget nicht sind, (*L.* 26. *D. de reb. dub.*) in dem man im Zweifel immer annehmen muß, der Promittent werde mehr auf seinen eigenen Nutzen bedacht seyn, und daher die Erfüllung seines Versprechens lieber soviel, als möglich, aufzuschieben suchen. S. CUJACIUS Observat. Lib. XIV. cap. 32. DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. VIII. cap. 33. §. penult. sub fin. BALDUINUS iurisprud. Muciana pag. 215. REUVENS cit. Diss. cap. I. §. 9. und Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 333. Einen andern Grund giebt zwar *Ant.* FABER Conjectur. Lib. II. cap. 16. nr. 7. an,

seinem Leben nie wieder Faraon spielen, oder alle viertel Jahre zum heiligen Abendmahle gehen würde. Es kann sogar die Zahlung zurückverlangt werden, wenn sie aus Irrthum zu voreilig geschehen seyn sollte, ehe die Bedingung existirte[77]). Habe ich ferner dem andern eine Sache unter einer Suspensivbedingung tradirt, so geht weder das Eigenthum derselben auf den Empfänger über, noch kann dieselbe pendente conditione usucapirt werden, natürlich können daher auch die Unglücksfälle dem Empfänger nicht treffen, wenn die Sache in der Zwischenzeit durch einen ungefähren Zufall zu Grunde geht[78]). Deßen ungeachtet ist doch der Vertrag, pendente conditione, nicht ohne Wirkung[79]). Es ist wenigstens vor der Hand schon

an, nämlich weil bey bedingten Verträgen das Recht auf die Erben geht, folglich diese wenigstens noch den Vortheil aus dem Vertrage zu genießen haben, wenn der Verstorbene in seinem Leben nicht gegen die Bedingung gehandelt hat, welches hingegen bey letzten Willen anders sey, aus welchen auch nicht einmal die Erben des Honorirten etwas erhalten würden, obgleich der Verstorbene nicht gegen die Bedingung gehandelt, wofern nicht die mucianische Caution ihnen zu statten käme. Allein VINNIUS in Commentar. ad §. 4. I. de Verb. Oblig. nr. 3. und REUVENS cit. Diss. §. 8. haben denselben widerlegt.

77) *L. 16. pr. L. 18. L. 48. et L. 56. D. de condict. indeb.*

78) *L.* 38. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. possess.* L. 1. §. 2. *D. pro dote. L. 2. §. 2. D. pro emtore. L. 4. pr. D. de in diem addict. L.* 8. *pr. D. de peric. et commod. rei vend. L.* 10. §. 5. *D. de iure dot.* BRÜSSEL Lib. II. Tit. 1. nr. 4. pag. 90.

79) *L. 26. D. de stipulat. servor.* BRÜSSEL Lib. II. Tit. I. nr. 1. pag. 87. sq.

schon eine Verbindlichkeit von beyden Seiten da, welche darin besteht, daß jede der Partheyen schuldig ist, abzuwarten, ob die Bedingung zur Wirklichkeit kommen werde, oder nicht[80]); folglich kein Theil vom Vertrage abgehen[81]), noch sonst etwas vornehmen darf, wodurch die Erfüllung der Bedingung gehindert wird[82]). Der Verkäufer muß daher die Sache wohl verwahren, daß daran kein Schade geschiehet, denn geht die Sache durch seine Schuld zu Grunde, und die Bedingung existirt hernach, so muß er das Interesse prästiren[83]). Es geht auch der bedingte Vertrag auf die Erben[84]). Stirbt daher der Promittent, so liegt desselben Erben die Vollziehung

80) Es muß also nicht der Willkühr des andern Theils überlassen seyn, ob er die Bedingung erfüllen wolle, oder nicht; denn sonst ist es eben so gut, als wenn es diesem wäre frey gestellet worden, den Vertrag nach Belieben zu halten, oder auch nicht zu halten. *L.* 8. *D. de obligat. et act. L.* 17. *L.* 46. §. 3. *et L.* 108. §. 1. *D. de verbor. obligat. L.* 13. *Cod. de contrah. emt.* S. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustr. quosdam Titulos locaq. select. iur. civ. pag 113. POTHIER Pandectae Iustinian. T. III. Lib. XLV. Tit. I Nr XCIX. Not. b. et c. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 646. und 647.

81) *L.* 5. *Cod. de obligat. et action.*

82) *L.* 85. §. 7. *D. de verbor. oblig.* Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 644. MADIHN Princip. iur. Rom. P. I. §. 94.

83) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. de peric. et comm. rei vend.*

84) *L* 8. *pr. D. eodem.* Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum.

ziehung des Versprechens ob, insofern die Bedingung noch nach seinem Tode in Erfüllung gehen kann[85]). Stirbt hingegen der Promissarius, ehe die Bedingung existirt, so transmittirt er die Hofnung, die ihm aus dem bedingten Vertrage erwächst, auf seine Erben, welche daher auf die Erfüllung des Versprechens klagen können, wenn die Bedingung noch zur Wirklichkeit kommt[86]). Denn daß der Promissar die Erfüllung der Condition erlebe, ist nur dann nöthig, wenn die Bedingung seiner Person dergestalt auferlegt worden, daß sie nur von ihm allein erfüllet werden kann und soll[87]). Ist dieses nicht der Fall, so kann auch eine Potestativbedingung noch von den Erben eines Contrahenten erfüllet werden, wenn sie z. B. in einer blosen Dation besteht[88]). Bey letztern Willensverordnungen ist es freylich anders[89]), welches den ganz

Ii 2 natür-

85) *L. 57. D. de verbor. obligat.* Si quis, *si Titius Consul factus erit, decem dari* spoponderit, quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.

86) §. 4. *I. de verb. obligat.* Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri: eamque ipsum spem in heredem transmittimus, si prius, quam conditio extet, mors nobis contigerit. §. 25. *I. de inutil. stipulat.* Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit: licet ante conditionem decesserit: postea existente conditione heres eius agere potest.

87) BRÜSSEL Lib. III. Tit. 2. nr. 23. pag. 365. sq.

88) Wenn z. B. der Kauf unter der Bedingung geschlossen worden ist, dafern das Kaufgeld binnen einer bestimmten Zeit bezahlt würde, so kann diese Bedingung noch von dem Erben des Käufers erfüllet werden. VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de verbor. obligat. nr. 7.

89) *L. 5. §. 2. D. Quando dies legator. L. un. §. 7. Cod. de caduc. tollend.*

natürlichen Grund hat, daß der Testirer gewöhnlich nur eine persönliche Zuneigung gegen den hegt, welchen er in seinem Testamente honorirt, dahingegen ein Paciscent durch Schliessung des Vertrags nicht allein sich selbst, sondern auch seinen Erben einen Vortheil zu verschaffen sucht[90].

§. 337. d

2) Wirkungen der Suspensivbedingung, wenn sie existirt.

Wenn nun aber II) die dem Vertrage beygefügte Suspensivbedingung in **Erfüllung** geht, so wird hierdurch der Vertrag dergestalt gültig, daß jetzt, im Fall derselbe noch nicht erfüllt wäre, auf Vollziehung desselben geklagt werden kann[91]. Ob nun gleich, insofern von der Qualität der Sache, die den Gegenstand des Vertrags ausmacht, die Rede ist, nur auf die Zeit, da die Bedingung zur Wirklichkeit kommt, gesehen wird, dergestalt, daß wenn z. B. die versprochene Sache in der Zwischenzeit durch Zufall eine Deterioration erlitten haben sollte, sich solche der Promissor gefallen lassen muß[92], nicht minder

90) VINNIUS c. l. nr. 6. **Höpfner** im Commentar über die Institutionen §. 740. nr. 3.

91) *L. 7. pr. D. de contrah. emt.* Conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio.

92) *L. 8. pr. D. de peric. et commod. rei vend.* Sane, si exstet res, *licet deterior effecta*, potest dici, esse damnum emtoris. Hieraus erklärt sich auch *L. 31. D. de verbor. obligat.* Si rem meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si *conditionis existentis tempore* mea non sit. S. BALDUINUS de conditionib. Cap. 13. pag. 276. sqq. BRÜSSEL c. l. Lib. II. Tit. 1. nr. 6.

minder die Verjährung der Klage aus dem Vertrage auch erst post conditionis exitum ihren Anfang nimmt[93]); so verordnen doch auch auf der andern Seite die Gesetze ganz ausdrücklich, daß wenn von dem aus dem Vertrage erworbenen Rechte selbst die Frage ist, die zur Wirklichkeit gekommene Bedingung, insofern der Promissar zur zeitigern Erfüllung derselben nichts beytragen können, auf die Zeit des geschlossenen Vertrags dergestalt zurückgerechnet werden solle, als ob der Vertrag gleich Anfangs unbedingt geschlossen worden wäre[94]). Es sind diese Sätze nicht nur in der Lehre vom Pfandrecht, sondern auch in mehrern andern Rechtsmaterien von wichtigen practischen Folgen. Man stelle sich z. B. vor, ein Schuldner habe seinem Gläubiger für eine bedingte Schuld eine Hypothec verschrieben, und noch ehe die Bedingung existirte, die nämliche Sache einem andern unbedingt verpfändet; so wird dennoch der erste Gläubiger im Concurs den Vorzug vor dem

93) *L. 7. §. 4. Cod. de praescr. XXX. vel XL. annor.*

94) *L. 11. §. 1. D. Qui potior. in pign.* Cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si *illo tempore, quo stipulatio interposita est*, sine conditione facta esset. *L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. L. 16. D. de Solution.* Die Regel: c o n d i t i o e x i s t e n s r e t r o t r a h i t u r a d t e m p u s c e l e b r a t i c o n t r a c t u s, gilt also nur, wenn die Bedingung eine conditio casualis oder mixta ist. Denn bey einer Potestativbedingung sieht man blos auf das tempus implementi. S. BALDUINUS l. c. nr. 13. pag. 277. sq. BRÜSSEL c. l. Lib. II. Tit. 3. nr. 15. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. III. cap. 9. nr. 1. et. 2. RAVENSBERG Opuscul. de conditionibus Cap. VI. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1817. in fin.

dem letztern haben, insofern die Bedingung von der Art war, daß der Gläubiger zu deren Existenz, mithin auch zur zeitigern Entstehung der Schuld, nichts beytragen können[95]). Denn hätte es freylich bloß an ihm gelegen, daß die Schuld, nach der Verpfändung, nicht eher wirklich geworden; z. B. der Schuldner hatte dem Gläubiger versprochen, daß ihm sein Haus verpfändet seyn solle, wenn er ihm hundert Thaler darlehnen würde, es hieng also bloß von der Willkühr des Gläubigers ab, wenn ehe er durch Auszahlung des versprochenen Darlehns die Bedingung des Vertrags erfüllen wollte; so wird die Bedingung nicht retrotrahirt, sondern das Pfandrecht erst von der Zeit an gerechnet, da die Schuld ihr wirkliches Datum erhielt[96]).

Uebrigens versteht sichs nun zwar von selbst, daß, wenn eine Bedingung für erfüllt gehalten werden soll, eigentlich gerade dasjenige geschehen müsse, was die Worte, welche sie enthalten, nach ihrer eigentlichen Bedeutung ausdrücken[97]). Bedingungen können daher der Regel nach weder auf andere ähnliche Fälle erstreckt[98]), noch mit einer andern, als der bestimmten Person, erfüllet werden[99]). Es kann indessen zuweilen gar wohl seyn, daß die

95) *L. 11. §. 1. D. Qui potior. in pign.*

96) *L. 11. pr. D. eod. L. 9. §. 1. D. eod. L. 4. D. Quae res pign. L. 30. D. de reb. credit.* BRÜSSEL c. l. Lib. II. Tit. 3. nr. 6. Westphals Pfandrecht §. 150.

97) BRÜSSEL Lib. III. Tit. 2. nr. 1. sqq.

98) *L. 10. D. de lib. et postum. L. 22. D. soluto matrimon.*

99) *L. 44. §. 3. L. 94 pr. D. de condit. et demonstrat. L. 68. D. de Solut. L. 95. §. 7. D. eodem.*

die Bedingung nur als Mittel zur Erreichung eines gewissen Zwecks ist beygefügt worden, der auch durch andere Mittel eben so gut erreicht werden kann. In einem solchen Falle hat es keinen Zweifel, daß eine Bedingung auch wohl per aequipollens in Erfüllung gebracht werden kann, wenn nämlich dadurch die Absicht desjenigen, welcher die Bedingung beygefügt hat, eben so gut erreicht wird, als wenn den Worten derselben ein Genüge geschehen wäre[100]). Man nehme z. B. den Fall an, daß einem Filiusfamilias etwas unter der Bedingung versprochen worden, wenn sein Vater ihn emancipiren würde, weil es der Sohn anders nicht, nach des Promittenten Absicht, vollkommen erwerben und genießen kann, so ist die Bedingung für erfüllt zu halten, wenn auch der Sohn hernach nicht gerade durch Emancipation, sondern durch den Tod des Vaters, sui iuris geworden seyn sollte[1]). Eben so gewiß ist es

 auch,

100) BRÜMEL c. l. nr. 24. pag. 368. STRUV Evolution. controversiar. Exerc. XXXV. Th. 97. LAUTERBACH Colleg. Th. pract. Pandectar. Lib. XXVIII. Tit. 7. §. 5. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 45. IENSEN Strictur ad Rom. iuris Pandect. et Cod. pag. 374. RAVENSPERG Opuscul. de conditionibus Cap. V. §. 3—8. und HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 192.

1) *L. 11. §. 11. D. de Legat. III. L. 22. pr. D. ad SCtum Trebell. L. 15. D. Quando dies legator. L. 3. Cod. de institut. et substitut. L. fin. Cod. de donat. quae sub modo.* In dem letztern Gesetze heißt es: Si quid mater filiae suae, in potestate patris constitutae, sub hac conditione, si fuerit intra biennium emancipata, donaverit: licet hoc matris voluntate sui iuris effecta non tenuit, tamen prius marito defuncto, sui iuris quocunque modo effecta, ad similitudinem legati ita relicti, rem donatam firmiter habere vel vindicare potest.

auch, daß eine Bedingung unterweilen auch wohl mit einer andern, als der bestimmten Person, zur Wirklichkeit gebracht werden kann, nämlich wenn dadurch der intendirte Zweck des Interessenten eben so gut erreicht wird. Dahin gehört, wenn diejenige Person, mit welcher die Bedingung erfüllet worden, mit der benannten, mit welcher sie eigentlich den Worten nach hätte erfüllt werden sollen, den Rechten nach, wie eine Person, angesehen werden kann; oder wenigstens nicht ohne deren Vorwissen und Einwilligung die Bedingung mit einer andern Person erfüllet worden ist [2]). Z. B. wenn die Bedingung darin besteht, daß ich etwas an einen Pupillen auszahlen soll, so ist die Bedingung für erfüllt zu halten, wenn ich diese Summe seinem Vormunde ausgezahlt habe [3]). Ferner, wenn ich nach den Worten der Bedingung des Titius Sohne etwas geben sollte, und ich gebe es seinem Vater, in dessen Gewalt er sich noch befindet, so ist dieß eben so gut [4]).

Noch ist auch dieß zu bemerken übrig, daß wenn eine gewisse Zeit bestimmt worden ist, binnen welcher der Bedingung ein Genüge geschehen soll, die wohl in Acht genommen werden muß. Denn läßt der Promissar diese Frist verstreichen, so wird er hernach, wider den Willen des Promittenten, mit der Erfüllung nicht mehr zugelassen, sondern ist seines Rechts aus dem Vertrage verlustig.

2) *L. 13. D. de condit. et demonstrat. L. 6. §. 4. D. de statu. liberis. L. 68. L. 95. §. 7. D. de Solution. L. 53. D. de manumiss. testam.*

3) *L. 13. D. de condit. et dem. L. 68. D. de Solut.*

4) *L. 6. §. 4. D. de statulib.*

stig [5]). Es sind indessen diejenigen Tage billig abzurechnen, da der Promissar ohne seine Schuld gehindert war, die Bedingung zu erfüllen [6]; so wie denn auch nicht zu läugnen ist, daß zuweilen ein kleiner Verzug von etlichen Tagen nichts schadet, wenn zumal die Bedingung binnen der bestimmten Zeit größtentheils erfüllt worden, und die Säumniß des Schuldners in Absicht auf die Zahlung des Restes dem Gläubiger ganz unnachtheilig ist [7]). Ist zur Erfüllung der Bedingung keine Zeit gesetzt worden, so kann zwar der Promissar dieselbe, sofern sie eine affirmative Potestativbedingung ist, zu aller Zeit erfüllen, wenn er will [8]), dahingegen eine negative Bedingung nur

 dann

5) *L. 41. §. 12. D. de fideicomm. libertat. L. 6. pr. D. de hered. instit. L. 23. pr. D. de recept. arbitr.* BRÜSSEL Lib. III. Tit. 2. nr. 9. et 15.

6) *L. 40. pr. D de condit. et demonstrat.*

7) Ein Beyspiel giebt *L. 135. §. 2 D. de verbor. obligat.* Seja cavit L. Titio, *quod mandante eo hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam;* deinde in continenti inter utrumque convenit: *ut intra calend. April. primas universam summam mandator numeraret, et hortos acciperet.* Quaeritur, cum ante Cal. Apriles non omne pretium cum usuris a Titio Sejae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Sejae Titius solvere paratus fuerit neque Seja accipere voluit, an nihilominus ex stipulatu agere possit? Respondit posse, si *non multo post* obtulisset, *nec mulieris quicquam propter eam moram interesset*: quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est. Man sehe über diese Stelle DONELLI Commentar. ad Tit. Dig. de Verb. Signif. pag. 389. sqq. und *Ant.* FABER Conjectur. Iur. civ. Lib. VI. cap. 7. p. 144.

8) BRÜSSEL Lib. III. Tit. 2. nr. 9. pag. 333. in fin. et nr. 10. p. 336. DONELLUS Commentar, iur. civ. Lib. XV. cap. 12. p. 771.

dann erst für erfüllt gehalten werden kann, wenn es gewiß zu seyn anfängt, daß dasjenige nicht mehr geschehen kann, was nach der Natur und dem Inhalt der Bedingung nicht geschehen soll [9]).

Ob nun gleich in der Regel eine Suspensivbedingung wirklich existiren muß, wenn der Promissar des davon abhängig gemachten Rechts theilhaftig werden will, so giebt es dennoch Fälle, da zuweilen eine Bedingung für erfüllt gehalten wird, ohngeachtet selbige wirklich nicht erfüllt worden ist [10]). Dahin gehört 1) wenn die Erfüllung derselben von demjenigen selbst verhindert worden ist, dem daran gelegen war, daß sie nicht erfüllet werden möchte, weil seine Verbindlichkeit davon abhängt [11]). Z. B. es hatte Jemand eine zahlreiche Bibliothec unter der Bedingung gekauft, wenn ihm zur Ausstellung derselben ein gewisser Platz von einem Dritten verkauft werden würde. War nun dieser Dritte wirklich zum Verkauf bereit, allein der Käufer nahm den Platz nicht an, so wird die Bedingung doch als erfüllt angesehen, und der Käufer kann actione vendit. zur Erfüllung des Kaufs angehalten werden [12]).

2) Wenn

9) §. 4. *I. de Verb. obligat.* L. 115. §. 1. *D. eodem.* BRÜSSEL c. l. nr. 11. pag. 337.

10) BRÜSSEL Lib. III. Tit. 4.

11) *L.* 39. *L.* 161. *D. de Reg. iur. L.* 85. §. 7. *D. de Verbor. Obligat. L.* 24. *et* 81. §. 1. *D. de condition. et demonstrat.*

12) *L.* 50. *D. de contrah. emt.* S. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 649.

2) Wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Bedingung beygefügt worden, die Erfüllung derselben dem andern erlassen hat, dem sie war auferlegt worden[13]).

3) Wenn die Bedingung eine conditio potestativa ist, und es nicht an dem gelegen, welchem sie auferlegt worden, daß er solche nicht erfüllen können; so ist zwar dieselbe, in sofern sie einem letzten Willen beygefügt worden, auch allerdings für erfüllt zu achten[14]). Allein bey Verträgen läßt sich solches nur in sofern annehmen, daß ein Contrahent hierdurch von seiner Verbindlichkeit frey wird, und daher dem andern deßhalb nicht weiter verantwortlich ist, wenn es nicht an ihm gelegen, daß die Bedingung nicht zur Erfüllung gebracht worden. In sofern hingegen von der Erfüllung dieser Obliegenheit lediglich die Verbindlichkeit des andern Theils abhieng, etwas gewisses zu leisten, so kann keinesweges behauptet werden, daß ein Contrahent berechtiget sey, gegen den andern auf die Erfüllung seines Versprechens zu klagen, wenn er seiner Seits der Bedingung, unter welcher das Versprechen des andern

13) *L. 1. D. de Serv. export.* Si fuerit distractus servus, *de aliquo loci moretur:* qui vendidit, in ea conditione est, ut possit legem remittere, ipse Romae retinere. Propter domini enim securitatem custoditur lex, ne periculum subeat. S. Westphal a. a. O. §. 656. Die Erlassung der Bedingung kann auch stillschweigend geschehen. z. B. bey Verlöbnissen durch erfolgten Beyschlaf. *Cap. 30. X. de sponsal. Cap. 3. et 6. X. de condit. apposit. in desponsat. Ge Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 376.

14) *L. 8. §. 7. L. 23. D. de condition. institut.* BALDUINUS conditionibus cap. 10.

andern geschehen ist, kein Genüge leisten können, weil unter solchen Umständen seiner Klage die exceptio non adimpleti contractus mit vollkommenem Grunde entgegen gesetzt werden kann[15]).

§. 337. e

3) Was ist Rechtens, wenn eine Suspensivbedingung nicht zur Wirklichkeit kommt?

Es ist noch der dritte Fall übrig, wenn eine Suspensivbedingung nicht in Erfüllung geht. Hier ist und bleibt der Vertrag ungültig, und zwar wird auch diese Ungültigkeit zurückgerechnet, so daß der Vertrag von dem ersten Augenblick an, da er geschlossen worden, als ungültig anzusehen ist[16]), gesetzt auch, daß er mit einem Eide wäre bekräftiget worden, weil der Eid sich immer nach der Natur des Vertrags richtet[17]). Es bleibt daher auch unstreitig das Eigenthum bey einem unter einer solchen Bedingung geschlossenen Kaufe bey dem Verkäufer, der sich deßhalb der Eigenthumsklage wider jeden Besitzer bedienen kann, in dessen Hände unterdessen die Sache etwa gekommen seyn möchte[18]).

§. 338.

15) Man sehe MEVIUS Tom. II. Part. VIII. Decis. 318. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 38. und Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Th. Resp. LXIV. nr. 13. seqq.

16) *L.* 37. *D. de contrah. emt.*

17) *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 344. et §. 375.

18) BRÜSSEL Lib. II. Tit. 4. nr. 1—5.

§. 338.

b) Von den Wirkungen einer unmöglichen Bedingung bey Verträgen.

Ist dem Vertrage eine unmögliche Bedingung beygefügt worden, so ist dieselbe entweder physisch oder moralisch unmöglich. Im ersten Falle ist sie entweder affirmativ oder negativ beygefügt worden. Habe ich einem etwas unter der Bedingung versprochen, wenn er etwas physisch unmögliches thun wird, so ist der Vertrag dergestalt ungültig, daß nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit daraus entsteht [19]). Denn der Promittent,

19) §. 11. *I. de inutil, stipulat.* *L.* 7. *D. de verbor, obligat.* *L.* 1. §. 11. *D. de obligat. et action.* *L.* 9 § 6. *D. de reb. credit.* Daß auch der Bürge aus einem solchen Versprechen nicht verbindlich werde, lehrt *L.* 29. *D. de fideiussor.* S. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 44. Ist jedoch das dem Vertrage beygefügte Impossibile nur etwas accessorisches, wovon die Hauptverbindlichkeit nicht abhängt, so ist nach Maasgebung der *L.* 97. *D. de Verb. obligat.* gegen die Gültigkeit des Vertrags nichts einzuwenden. EMMINGHAUS ad *Coccejum* c l. not. k. Bey letztern Willensverordnungen verhält sich die Sache anders. Hier kann freylich der Grund, der bey Verträgen das Wesen derselben, welches in consensu mutuo bestehet, aufhebt, nicht Platz greifen, da ein letzter Wille nur ein einseitiger Wille ist, dessen Wesen durch die Beyfügung einer unmöglichen Bedingung nicht aufgehoben wird. Bey diesen wird daher eine beygefügte unmögliche Bedingung für nicht beygefügt angesehen, und der letzte Wille bleibt gültig. §. 10. *I. de hered. instit.* *L.* 45. *D. eod.* *L.* 6. *D. de condit. institut.* Nur wenn Kinder, die noch unter des Testirers väterlichen Gewalt standen, unter einer unmöglichen Bedingung sind eingesetzt worden, so ist das Testament ungültig.

L. 15.

tent, welcher seinem Versprechen eine unmögliche Bedingung beyfügt, giebt eben dadurch zu erkennen, daß es ihm kein Ernst sey, sich verbindlich zu machen, und der Promissor, der sich die Beyfügung einer unmöglichen Bedingung ohne Widerspruch gefallen läßt, zeigt auch seiner Seits, daß er nicht die Absicht habe, ein Recht aus dem Vertrage zu erwerben[20]). Habe ich hingegen dem andern etwas

L. 15. *D. de condit. institut.* Den Grund dieses Unterschieds zwischen Verträgen und letzten Willensverordnungen untersuchen ausführlich *Greg.* MAJANSIUS in Disp. de conditione impossibili, ultimis dispositionibus adiecta. (Vol. II. *Disputat. iuris civ.* Nr. 34.) *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 24. nr. 4. et 5. BRÜSSEL de conditionibus Lib. IV. Tit. 2. nr. 13. pag 506. sq. Roßmann von der Wirkung der conditionis impossibilis bey Contracten und Testamenten, (in den Erlangischen gelehrten Anzeigen auf das Jahr 1752. Nr. 37.) und Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 493. Not. 2.

20) *L.* 31. *D. de obligat. et act.* Non solum stipulationes, impossibili conditione adplicatae, nullius momenti sunt: sed caeteri quoque contractus, veluti emtiones, locationes, impossibili conditione interposita, aeque nullius momenti sunt; quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur, quorum procul dubio in huiusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. Zwar will *Io. Tob.* RICHTER in Diss. de impossibili conditione contractum non vitiante. *Lipsiae* 1747. §. 10. sqq. diese Gesetzstelle so verstehen, als ob nur die Bedingung, nicht aber der Contract selbst, ohne Wirkung sey, folglich auch hier eben so, wie bey letzten Willen, die unmögliche Bedingung für nicht beygefügt zu achten; quia utile per inutile non debet vitiari. Allein diese Erklärung stimmt mit dem wahren Sinne des Gesetzes nicht überein, und die ange-

etwas unter der Bedingung versprochen, dafern er etwas physisch unmögliches unterlassen wird, so gilt der Vertrag als ein unbedingter[21]).

Ist die Bedingung moralisch unmöglich, so ist auch hier zu unterscheiden, ob sie bejahend oder verneinend beygefügt worden. Im ersten Falle, wenn ich einem etwas auf den Fall verspreche, wenn er ein gewisses unerlaubtes Geschäft verrichten würde, so entsteht aus einem solchem Vertrage weder eine Verbindlichkeit unter den Contrahenten, noch kann durch die Erfüllung einer solchen Bedingung ein Recht erworben werden. Es ist vielmehr ein solcher schändlicher Vertrag null und nichtig[22]). Im letztern Falle hingegen, wenn der Vertrag unter

angeführte Rechtsregel leidet hier keine Anwendung; man sehe, was ich davon an einem andern Orte (1. Th. § 14 b. S. 102. f.) gesagt habe. Add. *L.* 35. *pr. D. de verb. obligat.* Das ausserdem noch von ihm angeführte *cap. fin. X. de condit. apposit.* enthält eines Theils keine allgemeine Regel, sondern sagt ausdrücklich, daß conditiones turpes et impossibiles blos *propter favorem matrimonii* für nicht beygefügt gehalten werden sollen, andern Theils ist auch diese päbstliche Verordnung schon von andern, als vernunftwidrig, verworfen worden. S. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de conditionibus sponsaliorum impossibilibus (*Halae* 1701.) §. 15. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XXIX. Thes. 6. COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 44. in Respons. ad Object. 1.

21) §. 11. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 7. *D. de verbor. obligat.*

22) *L.* 57. *D. pro socio* §. 7. *I. de mandat.* *L.* 6. §. 3. *D. eodem.* *L.* 35. §. 1. *D. de verb. obligat.* Hat jedoch der Promittent dem Promissar dasjenige bereits ausgezahlt, was er ihm für die Erfüllung der schändlichen Bedingung versprochen hatte;

unter der Bedingung eingegangen worden ist, dafern eine unerlaubte Handlung unterbleiben wird, so ist diese Bedingung entweder als eine suspensive dem Versprechen beygefügt worden, welches in keiner andern Absicht geschehen ist, als daß eine gewisse unerlaubte Handlung, die man besorgte, unterlassen werde, oder sie ist, als eine resolutive Bedingung, einem erlaubten Geschäft beygefügt worden, welches seine Gültigkeit verlieren soll, wenn der Bedingung zuwider gehandelt werden wird. Im ersten Falle, wenn ich einem etwas lediglich zu dem Ende verspreche, daß er ein gewisses Verbrechen nicht begehen soll, so entsteht, wie Ulpian[24]) sagt, keine Verbindlichkeit aus einer solchen Convention. Denn es ist schändlich, sich etwas für die Unterlassung einer ohnehin schon verbotenen Handlung versprechen zu lassen. Der Promissar kann also das Versprochene

hatte; so findet zwar keine Zurückforderung statt, allein der schändliche Gewinn ist dem Fiscus verfallen. *L.* 3. *et* 4. *D. de condict. ob turp. vel iniust. caus. L.* 9. *in fin. D. de iure fisci. Io. Ge.* BRÜCKMANN Diss. de eo, quod circa conditione impossibiles actibus humanis appositas iustum est. (*Erford.* 1751.) Sect. I. §. 2. sqq.

23) *L.* 7. §. 3. *D. h. t.* Zwar will Haloander lesen: Si ob maleficium, *ut fiat.* (statt ne fiat,) promissum sit; allein die gemeine Lesart bestätigen die Basilica Tom. I. pag 721. wo es heißt: Κἂν ὁμολογήσω σοί τι διὰ τὸ σὲ μὴ ποιῆσαί τι ἄτοπον, οὐκ ἐνέχομαι: d. i. *Si quid promisero tibi, ne aliquod maleficium admittas, non obligor.* Man sehe *Ant.* AUGUSTINI Emendat. et Opinion. Lib. I. cap. 2. (in *Thes. Iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1433) NOODT de pactis et transact. cap. 9. in fin. und besonders *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretat. receptar. iuris civ. lection. Lib. I. cap. 24. §. 1.

chene doch nicht fordern, wenn er auch die verbotene Handlung unterläßt, und begeht er sie, so ist der Promittent befugt, auf das Interesse zu klagen[24]; auf jeden Fall aber kann letzterer das Gegebene zurückfordern, wenn er etwa sein Versprechen schon erfüllt haben sollte[25]). In dem letztern Falle hingegen hat zwar die conditio moraliter impossibilis negativa allerdings, wie unser Verfasser richtig bemerkt hat, die Wirkung einer resolutiven Bedingung, aber sie kann auch, wie Ulpian[26]) lehrt, noch andere Wirkungen hervorbringen. Wenn ich dir z. B. meinen Sklaven unentgeldlich leihe, oder vermiethe, so kann ich dem Contract die Bedingung beyfügen, daß du den Sklaven nicht zum Diebe machen sollst, das heißt, du sollst ihn weder dazu reitzen, noch ihn vernachlässigen, daß er ein Dieb werde. Handelst du nun dieser Bedingung zuwider, so kann ich meinen Sklaven nicht nur vor der Zeit zurückfordern, sondern ich kann auch gegen dich mit der actione servi corrupti auf den doppelten Ersatz des mir dadurch verursachten Schadens klagen, und habe ich etwa die poenam dupli auf den Contraventionsfall ausdrücklich ausbedungen, so kann ich auch actione ex contractu nun eben so gut gegen deine Erben auf das Duplum klagen, als die actio servi corrupti gegen dich selbst auf den doppelten Ersatz hätte angestellt werden können[27]).

§. 339.

24) S. Sammlung der Röm. Gesetze. S. 17. Not. b.

25) *L. 1. §. 2. L. 2. pr. L. 4. §. 2. D. de condict. ob turpem vel iniust. caus.*

26) *L. 50. D. de pactis.*

27) S. MARCKART a. a. O. pag. 163. sqq.

§. 339.

Was ist Rechtens, wenn mehrere einem etwas versprechen, oder wenn einer mehreren zugleich etwas verspricht? Begriff, Quellen und Wirkungen der Correalobligation.

Nicht selten geschieht es, daß mehrere zugleich Einem etwas versprechen, oder daß Einer mehreren zugleich etwas verspricht. In dem erstern Falle ist ein jeder der Regel nach nur für seinen Antheil aus dem Versprechen verbindlich; allein auch in dem letztern Falle kann Jeder von dem versprochenen Object in der Regel nur seinen Antheil fordern [28]). Zuweilen müssen jedoch mehrere für eine Schuld in solidum, das ist, auf eine solche Art haften, daß von einem Jeden das Ganze gefordert werden kann, wenn aber einer das Ganze bezahlt hat, so sind die übrigen frey [29]). Diese werden rei oder correi debendi genennt. Zuweilen können aber auch mehrere Gläubiger etwas in solidum, das heißt, dergestalt zu fordern haben

28) *L. 11. §. 1. D. de duob. reis. L. 5. Cod. Si certum petat.* SCHMIDT Diss. de praestatione ratae, von Erlegung seines Stranges *Rostoch. 1741.*

29) In einer andern Bedeutung schließt die obligatio in solidum die obligationem pro rata nicht aus. Der Fall kommt bey den Erben vor, welche, wenn sie aus dem Dolus ihres Erblassers auf Schadensersatz belangt werden, zwar schlechterdings dafür haften müssen, also nicht bloß in soweit, als durch den Dolus ihres Erblassers etwas auf sie gekommen ist, und sie sich also dadurch bereichert haben; allein deßwegen ist doch nur jeder Erbe nach dem Verhältniß seines Antheils, den er von der Erbschaft erhalten, zur Entschädigung verbunden. *L. 9. D. de condict. furt. L. 7. §. 1. D. depositi. L. 157. §. 2. D. de Reg. iuris.*

haben, daß jeder das Ganze zu fordern berechtiget ist, aber, wenn es einer erhalten hat, können die übrigen nichts mehr prätendiren. Diese werden rei oder correi credendi[30]) genennt, und eine solche Verbindlichkeit, welche mehrere Personen, entweder als Schuldner, oder als Gläubiger, dergestalt betrift, daß sie einen jeden ganz angeht, heißt obligatio correalis[31]). Eine solche Verbindlichkeit ist daher immer nur Ausnahme von der Regel, und wird im Zweifel nicht vermuthet[32]). Diese Correalobligation wird nun in die active und passive eingetheilt, je nachdem entweder mehrere Gläubiger etwas von dem nämlichen Schuldner in solidum zu fordern

Kk 2

30) *L.* 1. *D. de duob. reis.* Das Wort *reus* bezeichnet also hier einen jeden, welcher bey einer Verbindlichkeit interessirt ist, er sey Schuldner oder Gläubiger. In welcher Bedeutung dieses Wort auch bey den Classikern vorkommt. CICERO *de Oratore* Lib. II. cap. 43. ULP. *L. 6. pr. D. de Verb. Signif. L. 5. pr. D. de Verb oblig.* §. 3. *I. de div. stipulat.* BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Reus.*

31) §. 1. *I. de duob. reis. L. 2. D. eodem.* Diese Materie haben vorzüglich erläutert: *Io.* RONCHEGALLUS in Tract. de duobus reis constituendis. *Lugduni* 1559. 8. *Io. Andr.* FROMMANN Disp. de correali obligatione. *Tubingae* 1677. *Herm.* BECKER Diss. de natura ac indole correalis obligationis tam in genere, quam in specie ex delictis. *Rostochii* 1759. und *Vincent.* DRESKY Diss. de correali obligatione eiusque effectibus. *Goetting.* 1777.

32) MEVIUS Tom. II. Part. VI. Decis. 112. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disput. XXVII. Thes. 9. Lit. E. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XLV. Tit. II. §. 6. in fin. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXXII. medit. 2. und BROKES Obs. 575.

dern berechtiget, oder mehrere Schuldner dem nämlichen Gläubiger zu einer und eben derselbigen Sache oder Leistung in solidum verpflichtet sind. Soviel I) die **wesentlichen Erfordernisse** einer Correalobligation anbetrifft, so bestehen sie darinn.

1) Es müssen mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger da seyn, je nachdem entweder von einer passiven oder activen Correalobligation die Rede ist [33]. Es muß aber doch

2) nur **eine Obligation** in Ansehung des **zu leistenden Objects** vorhanden seyn [34], es mag nun diese Obligation entweder nur auf einer Person haften, wie bey der activen Correalobligation, da mehrere ein und eben dieselbe Sache von demselben Schuldner zu fordern haben, oder sie mag auf mehreren Personen beruhen, wie bey der passiven Correalobligation, da mehrere Personen ein und eben dieselbe Sache zu leisten schuldig sind. Sind daher verschiedene Sachen stipulirt worden; z. B. Titius und Sejus haben sich vom Cajus versprechen lassen, daß er dem einen die Durchfarth über sein Grundstück, dem andern aber den Nießbrauch daran gestatten wolle, so sind nicht beyde als correi anzusehen [35]. Eben so, wenn ich meine Sachen zweyen zusammen in Verwahrung gebe, und einer von beyden einen grössern Grad der Sorgfalt verspricht, als sonst bey diesem Contract gewöhnlich ist, der andere aber nicht, so sind sie keine correi. Denn sie haben nicht gleiche Verbindlichkeit übernommen [36].

3) Es

33) *Princ. I. de duob. reis.*

34) *L. 3. et 9. D. eodem.*

35) *L. 15. D. eodem.*

36) *L. 6. §. 1. D. eodem.*

3) Es muß jeder von den Gläubigern das Ganze zu fordern fähig, folglich die versprochene Sache so beschaffen seyn, daß sie jedem Gläubiger zukommen kann. Denn würde sie nur einer zu acquiriren fähig seyn, so ist keine obligatio correalis vorhanden [37]. Eben so muß

4) bey einer passiven Correalverbindlichkeit jeder von den mehreren Schuldnern auf das ganze schuldige Object belangt werden können. Wenn daher eine Frauensperson sich mit einer Mannsperson correaliter obligirt, so ist die erstere entweder gar nicht, oder doch nur für ihren Antheil verbunden [38].

5) Die Verbindlichkeit muß aus einem und demselbigen Grunde herrühren, weil sonst nicht ein debitum, sondern mehrere verschiedene vorhanden seyn würden [39]. Aus welchem Grunde nun aber die Correalschuld entstanden, ist gleichviel, da allen und jeden Contracten eine obligatio correalis beytreten kann. Endlich

6) müssen auch die mehreren Interessenten bey einer Correalobligation entweder aeque principaliter verpflichtet seyn, oder die nämliche Sache aeque principaliter zu fordern haben [40]. Wenn daher nur einer hauptsächlich verbunden ist, der andere aber nur dafür haften will, was von dem Hauptschuldner nicht beygetrieben werden kann,

 so

37) DRESKY cit. Diss. §. 6 Nr. II. in fin.

38) *L.* 17. §. *fin.* *et* *L.* 18. *D. ad SCtum Vellejan.* Add. *L.* 12. §. 1. *D. de duob. reis.* FROMMANN cit. Diss. §. 10. pag. 21.

39) *L.* 9. *pr.* *D. de duob. reis.*

40) *L.* 38. *D. de verb. obligat.* *L.* 36. *D. de fidejussor.* FROMMANN cit. Diss. §. 12. nr. II.

so sind sie keine correi debendi, wie Papinian [41]) sagt, denn der letztere ist nur unter der Bedingung verpflichtet, wenn der Gläubiger von dem erstern die ganze Schuld nicht erhalten könnte. Eben so sind wir auch keine correi stipulandi, wenn ich mir oder dem Titius etwas von Jemanden versprechen lasse. Denn hier kann nur eigentlich ich das ganze Object fordern, nicht Titius; obwohl der Promittent befugt ist, es diesem ganz zu prästiren [42]).

II) Die Quellen der Correalobligation sind mancherley.

a) Die active Correalobligation gründet sich entweder auf einen Vertrag, wodurch Jemand mehreren dergestalt etwas verspricht, daß er allen für einen und einem für alle haften will; oder auf ein Testament, wenn z. B. der Testirer gesagt hätte, dem Titius oder dem Sejus, welchem von beyden der Erbe will, vermache ich 100 Thaler [43]). Hier wird zwar der Erbe von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er einen von beyden Legatarien das Vermächtniß auszahlt, allein zahlt er es gutwillig nicht aus, so kann ein Jeder auf das Ganze klagen, nicht anders, als ob es ihm allein vermacht worden wäre [44]). Sie kann aber auch unmittelbar durch ein Gesetz begrün-
det

41) *L. 116. D. de verbor. obligat.*

42) *L. 10. D. de Solutionib.*

43) *L 8. D. de Legat. I. L. 25. D. de Legat. III.*

44) *L. 16. D. de Legat. II.* Hätte der Testator nur gesagt: dem A. oder B. vermache ich 100 Thaler, ohne beyzufügen, welchem von beyden der Erbe will, so bekommen beyde nach der Vorschrift der *L. 4. Cod. de Verbor. Significat.* das Legat zu gleichen Theilen. BRESKY cit. Diss. §. 15.

det werden. Dahin gehört der Fall, wenn mehrere zusammen mir eine Sache in Verwahrung geben, hier kann jeder von ihnen die Sache ganz zurückfordern.[45]).

b) Die paßive Correalverbindlichkeit hat mehrere Quellen. Sie kann

1) durch einen Vertrag, und zwar bey allen Arten von Geschäften, festgesetzt werden. Z. B. beym Darlehn, beym Kauf, Pacht, beym Depositum, Commodatum u. dgl.[46]). Wurde dieser Vertrag nicht einem bonae fidei Contract in continenti beygefügt, so mußte die Correalobligation bey den Römern durch eine Stipulation bekräftiget werden. Allein heut zu Tage ist ein jeder simpler Vertrag hinreichend, und man bedient sich der Ausdrücke: einer wolle für alle, und alle für einen haften; oder sie wollten mit ungeschiedener und ungetheilter Hand zur Bezahlung der Schuld verbunden seyn[47]). Auch

2) Durch ein Testament wird eine paßive Correalobligation festgesetzt, wenn der Testator mehrere Erben in seinem Testamente ernannt, und denselben die Auszahlung eines Vermächtnisses dergestalt anbefohlen hat, daß jeder in solidum dafür haften solle[48]). Es wird nur aber freylich erfordert, daß der Testirer seinen Willen deutlich ausdrücke, weil im Zweifel zu vermuthen, daß er

 seine

45) *L.* 1. §. 44. *D. depositi.*

46) *L.* 9. *pr. D. de duob. reis.* FROMMANN cit. Diss. §. 5. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 814.

47) BECKER in Diss. alleg. §. 8. u. 12. Höpfner a. a. O. §. 816. u. 817. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2030.

48) *L.* 9. *pr. D. de duobus reis.*

schon eine Verbindlichkeit von beyden Seiten da, welche darin besteht, daß jede der Partheyen schuldig ist, abzuwarten, ob die Bedingung zur Wirklichkeit kommen werde, oder nicht[80]); folglich kein Theil vom Vertrage abgehen[81]), noch sonst etwas vornehmen darf, wodurch die Erfüllung der Bedingung gehindert wird[82]). Der Verkäufer muß daher die Sache wohl verwahren, daß daran kein Schade geschiehet, denn geht die Sache durch seine Schuld zu Grunde, und die Bedingung existirt hernach, so muß er das Interesse prästiren[83]). Es geht auch der bedingte Vertrag auf die Erben[84]). Stirbt daher der Promittent, so liegt desselben Erben die Vollziehung

80) Es muß also nicht der Willkühr des andern Theils überlassen seyn, ob er die Bedingung erfüllen wolle, oder nicht; denn sonst ist es eben so gut, als wenn es diesem wäre frey gestellet worden, den Vertrag nach Belieben zu halten, oder auch nicht zu halten. *L. 8. D. de obligat. et act. L. 17. L. 46. §. 3. et L. 108. §. 1. D. de verbor. obligat. L. 13. Cod. de contrah. emt.* S. *Ian. a* COSTA Praelect. ad illustr. quosdam Titulos locaq. select. iur. civ. pag 113. POTHIER Pandectae Iustinian. T. III. Lib. XLV. Tit. I Nr XCIX. Not. b. et c. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 646. und 647.

81) *L. 5. Cod. de obligat. et action.*

82) *L. 85. §. 7. D. de verbor. oblig.* Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf ꝛc. §. 644. MADIHN Princip. iur. Rom. P. I. §. 94.

83) *L. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et comm. rei vend.*

84) *L 8. pr. D. eodem.* Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum.

ziehung des Versprechens ob, insofern die Bedingung noch nach seinem Tode in Erfüllung gehen kann[85]). Stirbt hingegen der Promissarius, ehe die Bedingung existirt, so transmittirt er die Hofnung, die ihm aus dem bedingten Vertrage erwächst, auf seine Erben, welche daher auf die Erfüllung des Versprechens klagen können, wenn die Bedingung noch zur Wirklichkeit kommt[86]). Denn daß der Promissar die Erfüllung der Condition erlebe, ist nur dann nöthig, wenn die Bedingung seiner Person dergestalt auferlegt worden, daß sie nur von ihm allein erfüllet werden kann und soll[87]). Ist dieses nicht der Fall, so kann auch eine Potestativbedingung noch von den Erben eines Contrahenten erfüllet werden, wenn sie z. B. in einer blosen Dation besteht[88]). Bey letztern Willensverordnungen ist es freylich anders[89]), welches den ganz

 natür-

85) *L. 57. D. de verbor. obligat.* Si quis, *si Titius Consul factus erit, decem dari* spoponderit, quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.

86) §. 4. *I. de verb. obligat.* Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri: eamque ipsum spem in heredem transmittimus, si prius, quam conditio extet, mors nobis contigerit. §. 25. *I. de inutil. stipulat.* Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit: licet ante conditionem decesserit: postea existente conditione heres eius agere potest.

87) BRÜSSEL Lib. III. Tit. 2. nr. 23. pag. 365. sq.

88) Wenn z. B. der Kauf unter der Bedingung geschlossen worden ist, dafern das Kaufgeld binnen einer bestimmten Zeit bezahlt würde, so kann diese Bedingung noch von dem Erben des Käufers erfüllet werden. VINNIUS in Comm. ad §. 4. *I.* de verbor. obligat. nr. 7.

89) *L. 5. §. 2. D. Quando dies legator. L. un. §. 7. Cod. de caduc. tollend.*

6) die Gesetze selbst und unmittelbar in einigen Fällen eine Correalverbindlichkeit festgesetzt. So verordnen die Gesetze

a) daß mehrere Vormünder, welche zur gemeinschaftlichen Verwaltung der Vormundschaft bestellet worden, den Pupillen und Minderjährigen in solidum haften sollen [54]).

b) Auch obrigkeitliche Personen sind in solidum verpflichtet, in sofern ihr Amt ungetheilt ist [55]).

c) Wenn Kaufleute in Compagnie handeln, und ihrer Handlung einen gemeinschaftlichen Factor vorsetzen, oder wenn mehrere Personen in Gesellschaft ein Schiff ausrüsten, und einen gemeinschaftlichen Schiffsmeister bestellen, so sind die Principalen aus den Handlungen des Factors, oder Schiffsmeisters in solidum verbunden [56]). Eben so haften auch

d) mehrere Bürgen in solidum [57]).

III) Die Wirkungen der Correalobligation bestehen, soviel

1) die active Correalobligation anbetrift, darinn:

a) daß jeder der Correalgläubiger den gemeinen Schuldner auf das ganze schuldige Object belangen, dieser aber sich nicht mit der Ausflucht schützen kann, er wolle jedem

54) *L. 55. pr. D. de administr. tut. L. 2. Cod. de divis. tut. L. 6. Cod. arbitr. tut.*

55) *L. 11. D. ad Municipal. L. 3. D. eodem.*

56) *L. 1. §. 25. L. 2. 3. et 4. §. 1. D. de exercitor. act. L. 13. §. 2. D. de instit. act.*

57) *L. 3. C. de fideiussor.*

dem seinen Antheil geben; denn es wird nach der Natur der Correalobligation so angesehen, als wenn dem Kläger, der das Solidum verlangt, auch allein das Ganze versprochen worden wäre[58]). Es darf auch der Schuldner, sobald er von einem der Correalgläubiger belangt worden ist, keinem der übrigen Gläubiger durch Zahlung gratificiren, er wird dadurch wenigstens von seiner Verbindlichkeit gegen den Kläger nicht frey[59]); wofern nicht etwa der Kläger, wie ihm frey steht, bloß seinen Antheil verlangt hätte[60]).

b) Jeder Correalgläubiger hat das Recht, den gemeinen Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreyen. Ein correus credendi kann sich daher die Schuld bezahlen lassen, und wenn er solche ganz erhalten, so können die übrigen correi vom Schuldner weiter nichts fordern[61]). Ob aber der correus credendi, welcher von dem Schuldner das Ganze erhalten, nicht schuldig sey, mit den übrigen zu theilen, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig[62]). Ich glaube es wenigstens nicht. Denn vermöge der Correalobligation war er das Ganze zu fordern allerdings berechtiget, und hätte gleich auch der andere correus das Nämliche fordern können, so schützt doch den erstern das Präventionsrecht*) gegen die Ansprüche des andern;

58) §. 1. *I. de duob. reis.* L. 31. *D. de Novation.*

59) *L. 16. D. de duob. reis. L. 57.* §. 1. *D. de Solution.*

60) FROMMANN cit. Diss. §. 14. DRESKY cit. Diss. §. 18.

61) §. 1. *I. de duob. reis. L. 2. et* 3. §. 1. *D. eodem. L.* 31. §. 1. *D. de novation.*

62) Die verschiedenen Meinungen führt DRESKY cit. Diss. §. 19. an.

*) *L.* 11. §. 21. *D. de Legat. III.*

dern; man kann auch nicht sagen, daß er desselben negotium gerirt habe, wofern er nicht entweder mit dem andern in Gesellschaft steht, oder sonst unter ihnen ausgemacht worden wäre, daß wer die Schuld erheben würde, dem andern seinen Antheil herauszahlen solle[63]). Ein correus credendi kann ferner zum Nachtheil des andern correi eine Novation vornehmen[64]); nicht minder dem Gemeinschuldner den Eid deferiren[65]), durch dessen Abschwörung der Anspruch der übrigen correorum eben so gut getilgt wird, als durch Bezahlung der Schuld[66]). Nur darüber ist man noch nicht einig, wenn einer von den correis credendi dem Schuldner durch ein pactum die Schuld erläßt, ob dieser Vertrag auch den übrigen correis schade, oder ob sie dessen ungeachtet die Schuld fordern können? Unter

63) *L. 62. princ. D. ad Leg. Falcid.* VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLV. Tit. 2. §. 7. DRESKY cit. loc. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 820. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2029. vorzüglich *Io.* RONCHEGALLUS ad princ. L. 11. D. de duobus reis nr. 69. seqq. und *Iac.* VOORDA in Commentar. ad Legem Falcidiam. Cap. VIII. §. 5.

64) *L. 31. §. 1. D. de Novation.* Diesem ist die *L. 27. D. de pactis* nicht entgegen. Denn in dieser Gesetzstelle ist nur davon die Rede, ob ein correus stipulandi dem Schuldner die Schuld zum Nachtheil des andern correi durch ein pactum erlassen könne, von welchem Falle ich hernach reden werde. S. *Iul.* PACIUS Ἐναντιοφανῶν s. Leg. Conciliatar. Centur. I. Quaest. 96. und VOET in Comm. ad Pandect. c. l. §. 5.

65) *L. 28. princ. D. de jurejur.* VOET in Comment. ad Pand. Lib. XII. Tit. 2. §. 21.

66) *L. 27. D. eodem.* Iusjurandum etiam loco solutionis cedit.

unter den verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Frage[67]) verdient wohl unstreitig diejenige den meisten Beyfall, nach welcher ein Unterschied gemacht wird, ob die correi credendi socii sind, oder nicht. In dem letztern Falle schadet das pactum des einen correi den übrigen gar nichts. Denn der Gemeinschuldner haftet ihnen ex propria obligatione, er kann ihnen daher auch die exceptionem pacti nicht entgegen setzen, da er mit ihnen keinen Vertrag geschlossen hat[68]). In dem erstern Falle hingegen, da die correi *socii* sind, schadet das pactum des einen den übrigen, wo nicht nach dem strengen Recht[69]) doch nach der Billigkeit, wenigstens zum Theil, indem der Schuldner, wenn er auf das Ganze belangt wird, befugt ist, den Antheil abzuziehen, und zurück zu behalten, welchen der paciscirende correus, als socius, würde bekommen haben, wofern er nicht pacisciret hätte. Diese Meinung wird auch von den meisten vertheidiget[70]).

Jedoch

67) Die verschiedenen Meinungen recensirt *Io.* SCHILTER in praxi Iur. Rom. Exercit. VIII. Th. 30. Man sehe auch Sammlung der röm. Gesetze S. 47.

68) *L. 27. pr. D. de pact.*

69) *L. 27. cit.* Hätte jedoch ein correus credendi die Schuld durch Acceptilation erlassen, so können die andern correi gar nichts weiter fordern. *L. 2. D. de duob. reis. L. 31. §. 1. D. de novation. L. 16. pr. D. de acceptilat.* In der letztern Stelle heißt es: quod velut solvisse videatur is, qui *acceptilatione* solutus est.

70) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXVII. Thes. 9. Lit. D. verb. *An idem sit paciscendo.* VINNIUS selectar. iuris quaestion. Lib. I. cap. 6. §. *Iam videndum* pag. 39. seq. FROMMANN cit. Diss. §. 14. pag. 31. MÜLLER ad *Struvium* Exercit.

Jedoch behauptet Schilter [71]) mit mehreren Rechtsgelehrten [72]), daß heutiges Tages alle correi credendi als socii angesehen würden. Bey der activen Correalobligation stehet jedoch auch

c) dem Schuldner das Recht zu, einem von den correis credendi, welchem er will, Zahlung zu leisten, und sich hierdurch auch von dem Anspruche der übrigen zu befreyen [73]). Weigert sich dieser die Schuld anzunehmen, ohne dazu eine rechtmässige Ursache zu haben, so kann sich der Schuldner durch eine gerichtliche Deposition, als welche die Stelle der Zahlung vertritt, von seiner Verbindlichkeit frey machen [74]), und wäre etwa in Ansehung des einen Correalgläubigers die Schuld durch Compensation getilgt, so kommt ihm solche auch gegen die übrigen correos ohne Zweifel zu statten, weil die Compensation die Schuld ipso iure aufhebt, und mit der Zahlung gleiche Wirkung hat [75]). Soviel hiernächst

2) die

cit. VI. Th. 50. Not. 5. WERNHER Obſervat. for. Tom. I. Part. I. Obſ. 305. in Supplem. nov. §. 28. DRESKY cit. Diſſ. §. 20.

71) cit. loc.

72) HEIGIUS P. I. Quaeſt. 37. nr. 22. RONCHEGALLUS ad L. 11. D. de duob. reis nr. 76.

73) FROMMANN Diſſ. cit. §. 15.

74) *L. 9. Cod. de Solut. L. 19. C. de uſuris.* Geht die schuldige Sache, ohne daß dem Offerenti einige Culpa beyzumessen ist, zu Grunde, so kann sich der Schuldner immer mit der exceptione doli mali schützen. *L. 72. D. de Solut.* S. DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de duobus reis Cap. V. nr. 2.

75) *L. 4. L. 14. Cod. de compenſat. L. 4. D. Qui potior. in pign.* Man schränkt jedoch diesen Satz insgemein auf den

Fall

2) die Wirkungen der passiven Correalobligation anlangt, so bestehen sie darin:

a) der Gläubiger hat die Wahl, ob er einen der correorum debendi, oder mehrere, oder alle zugleich auf die ganze Schuld belangen, oder ob er nur von einem jeden seinen Antheil fordern wolle[76]). Es sind auch deßwegen die übrigen correi debendi von des Gläubigers Anspruche noch keinesweges frey, daß nur einer von denselben allein auf das Ganze belangt worden ist; non enim electione, sagt Ulpian[77]), sed solutione liberantur. Zwar hätte der Gläubiger gegen die übrigen correos nach dem Rechte der Pandecten alsdann keine Klage mehr, wenn er von dem correus, welchen er zuerst in Anspruch genommen, das Ganze hätte erhalten können[78]). Allein Justi-

Fall ein, wenn die correi credendi *socii* sind, arg. *L. 10. D. de duob. reis.* S. RONCHEGALLUS ad L. 10. cit. nr. 16 FROMMANN cit. Diss. §. 15. in fin. Allein in dem angeführten Gesetz ist eigentlich nur von correis debendi die Rede, bey denen der ganz natürliche Grund eintritt, daß ein Schuldner nur aus seinem Vermögen, nicht aber aus den Gütern eines andern Zahlung leisten könne, wenn er nicht mit diesem in Gesellschaft steht. S. DRESKY cit. Diss. §. 19. pag. 36.

76) *L. 1. l. L. 3. §. 1. L. 9. §. fin. L. 11. pr. D de duob. reis.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de duobus reis Cap. VI. FROMMANN. §. 16.

77) *L. 1. §. 43. D. depositi.* Man sehe auch *L. 23. Cod. de fideiussor.*

78) Wenn nämlich der Gläubiger einen von den correis einmal auf das Ganze belangt hatte; so konnten sich die übrigen nach dem ältern römischen Rechte mit einer Exception schützen, wenn sie in Anspruch genommen wurden, ehe sich aus der Execu-

dern berechtiget, oder mehrere Schuldner dem nämlichen Gläubiger zu einer und eben derselbigen Sache oder Leistung in solidum verpflichtet sind. Soviel I) die **wesentlichen Erfordernisse** einer Correalobligation anbetrifft, so bestehen sie darinn.

1) Es müssen mehrere Schuldner oder mehrere Gläubiger da seyn, je nachdem entweder von einer passiven oder activen Correalobligation die Rede ist [33]. Es muß aber doch

2) nur **eine Obligation** in Ansehung des **zu leistenden Objects** vorhanden seyn [34], es mag nun diese Obligation entweder nur auf einer Person haften, wie bey der activen Correalobligation, da mehrere ein und eben dieselbe Sache von demselben Schuldner zu fordern haben, oder sie mag auf mehreren Personen beruhen, wie bey der passiven Correalobligation, da mehrere Personen ein und eben dieselbe Sache zu leisten schuldig sind. Sind daher verschiedene Sachen stipulirt worden; z. B. Titius und Sejus haben sich vom Cajus versprechen lassen, daß er dem einen die Durchfarth über sein Grundstück, dem andern aber den Nießbrauch daran gestatten wolle, so sind nicht beyde als correi anzusehen [35]. Eben so, wenn ich meine Sachen zweyen zusammen in Verwahrung gebe, und einer von beyden einen grössern Grad der Sorgfalt verspricht, als sonst bey diesem Contract gewöhnlich ist, der andere aber nicht, so sind sie keine correi. Denn sie haben nicht gleiche Verbindlichkeit übernommen [36].

3) Es

33) *Princ. I. de duob. reis.*

34) *L. 3. et 9. D. eodem.*

35) *L. 15. D. eodem.*

36) *L. 6. §. 1. D. eodem.*

3) Es muß jeder von den Gläubigern das Ganze zu fordern fähig, folglich die versprochene Sache so beschaffen seyn, daß sie jedem Gläubiger zukommen kann. Denn würde sie nur einer zu acquiriren fähig seyn, so ist keine obligatio correalis vorhanden [37]. Eben so muß

4) bey einer passiven Correalverbindlichkeit jeder von den mehreren Schuldnern auf das ganze schuldige Object belangt werden können. Wenn daher eine Frauensperson sich mit einer Mannsperson correaliter obligirt, so ist die erstere entweder gar nicht, oder doch nur für ihren Antheil verbunden [38].

5) Die Verbindlichkeit muß aus einem und demselbigen Grunde herrühren, weil sonst nicht ein debitum, sondern mehrere verschiedene vorhanden seyn würden [39]. Aus welchem Grunde nun aber die Correalschuld entstanden, ist gleichviel, da allen und jeden Contracten eine obligatio correalis beytreten kann. Endlich

6) müssen auch die mehreren Interessenten bey einer Correalobligation entweder aeque principaliter verpflichtet seyn, oder die nämliche Sache aeque principaliter zu fordern haben [40]. Wenn daher nur einer hauptsächlich verbunden ist, der andere aber nur dafür haften will, was von dem Hauptschuldner nicht beygetrieben werden kann,

 so

37) DRESKY cit. Diss. §. 6 Nr. II. in fin.

38) *L. 17. §. fin. et L. 18. D. ad SCtum Vellejan.* Add. *L. 12. §. 1. D. de duob. reis.* FROMMANN cit. Diss. §. 10. pag. 21.

39) *L. 9. pr. D. de duob. reis.*

40) *L. 38. D. de verb. obligat. L. 36. D. de fidejussor.* FROMMANN cit. Diss. §. 12. nr. II.

so sind sie keine correi debendi, wie Papinian[41]) sagt, denn der letztere ist nur unter der Bedingung verpflichtet, wenn der Gläubiger von dem erstern die ganze Schuld nicht erhalten könnte. Eben so sind wir auch keine correi stipulandi, wenn ich mir oder dem Titius etwas von Jemanden versprechen lasse. Denn hier kann nur eigentlich ich das ganze Object fordern, nicht Titius; obwohl der Promittent befugt ist, es diesem ganz zu prästiren[42]).

II) Die Quellen der Correalobligation sind mancherley.

a) Die active Correalobligation gründet sich entweder auf einen Vertrag, wodurch Jemand mehreren dergestalt etwas verspricht, daß er allen für einen und einem für alle haften will; oder auf ein Testament, wenn z. B. der Testirer gesagt hätte, dem Titius oder dem Sejus, welchem von beyden der Erbe will, vermache ich 100 Thaler[43]). Hier wird zwar der Erbe von seiner Verbindlichkeit frey, wenn er einen von beyden Legatarien das Vermächtniß auszahlt, allein zahlt er es gutwillig nicht aus, so kann ein Jeder auf das Ganze klagen, nicht anders, als ob es ihm allein vermacht worden wäre[44]). Sie kann aber auch unmittelbar durch ein Gesetz begründet

41) *L. 116. D. de verbor. obligat.*

42) *L. 10. D. de Solutionib.*

43) *L 8. D. de Legat. I. L. 25. D. de Legat. III.*

44) *L. 16. D. de Legat. II.* Hätte der Testator nur gesagt: dem A. oder B. vermache ich 100 Thaler, ohne beyzufügen, welchem von beyden der Erbe will, so bekommen beyde nach der Vorschrift der *L. 4. Cod. de Verbor. Significat.* das Legat zu gleichen Theilen. BRESKY cit. Diss. §. 15.

det werden. Dahin gehört der Fall, wenn mehrere zusammen mir eine Sache in Verwahrung geben, hier kann jeder von ihnen die Sache ganz zurückfordern.[45]).

b) Die paßive Correalverbindlichkeit hat mehrere Quellen. Sie kann

1) durch einen Vertrag, und zwar bey allen Arten von Geschäften, festgesetzt werden. Z. B. beym Darlehn, beym Kauf, Pacht, beym Depositum, Commodatum u. dgl.[46]). Wurde dieser Vertrag nicht einem bonae fidei Contract in continenti beygefügt, so mußte die Correalobligation bey den Römern durch eine Stipulation bekräftiget werden. Allein heut zu Tage ist ein jeder simpler Vertrag hinreichend, und man bedient sich der Ausdrücke: einer wolle für alle, und alle für einen haften; oder sie wollten mit ungeschiedener und ungetheilter Hand zur Bezahlung der Schuld verbunden seyn[47]). Auch

2) Durch ein Testament wird eine paßive Correalobligation festgesetzt, wenn der Testator mehrere Erben in seinem Testamente ernannt, und denselben die Auszahlung eines Vermächtnisses dergestalt anbefohlen hat, daß jeder in solidum dafür haften solle[48]). Es wird nur aber freylich erfordert, daß der Testirer seinen Willen deutlich ausdrücke, weil im Zweifel zu vermuthen, daß er

 seine

45) *L.* 1. §. 44. *D. depositi.*

46) *L.* 9. *pr. D. de duob. reis.* FROMMANN cit. Diss. §. 5. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 814.

47) BECKER in Diss. alleg. §. 8. u. 12. Höpfner a. a. O. §. 816. u. 817. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2030.

48) *L.* 9. *pr. D. de duobus reis.*

seine Erben so wenig, als möglich, habe belästigen wollen, und daher in dubio keine Correalobligation angenommen werden kann[49]). Es kann ferner

3) auch aus der Natur der Sache selbst, welche den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, eine paßive Correalobligation entstehen, nämlich wenn das schuldige Object eine untheilbare Sache oder ein unheilbares Factum ist[50]). Z. B. ich habe dem Titius und Cajus meinen Reisewagen geliehen, so muß ein jeder in solidum für den Schaden haften. Nicht minder begründet

4) ein

49) *L.* 39. §. *6. D. de Legat. I. L.* 25. *D. de Legat. III.* Bey den Römern drückte schon die Formel: *Titius et Maevius Sempronio decem dato*, eine solche Correalobligation aus; denn diese bedeutete eben soviel, als wenn der Testator gesagt hätte: Maevius dato decem Sempronio, eademque decem Titius dato Sempronio. S. *Iac.* CUJACIUS Lib. XVII. Quaestion. Papiniani ad L. cit. und *Ant.* FABER Conjectur. iur civ. Lib. XI. cap. 19. Allein da wir im Teutschen solche expressive schon nach dem gesetzlichen Sprachgebrauche eine bestimmte Auslegung habende Formeln nicht haben, so mußte freylich der Testator sich heutiges Tages deutlicher ausdrücken, sonst kann aus den Worten: meine Erben, Titius und Mevius, sollen dem Sempronius 1000 Thaler auszahlen, keine Correalobligation hergeleitet werden. S. *Io.* RONCHEGALLUS cit. Tract. ad L. 9. pr. D. de duob. reis nr. 291. sqq. DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de duobus reis Cap. XII. nr. 3. et 7. MANTICA de Conjectur. ultimar. voluntat. Lib. VIII. Tit. 2. nr. 5. besonders BECKER cit. Diss. de natura et indole correalis obligationis §. 16. und DRESKY cit. Diss. §. 15.

50) *L.* 5. §. *fin. D. commodati. L.* 2. §. 2. *D. de Verb. obligat. L.* 25. § 9. *D. fam. ercisc. L.* 192. *D. de Reg. iur. L.* 17. *D. de Servit. L.* 7. *D. de Servit. legata.*

4) ein **Verbrechen** eine obligationem in solidum, wenn von Ersetzung des Schadens die Rede ist, welchen mehrere durch eine unerlaubte Handlung gemeinschaftlich angerichtet haben. Hier ist jeder, welcher deßhalb von dem Beschädigten in Anspruch genommen wird, verbunden, den Schaden ganz zu ersetzen. Hat jedoch einer den Schaden ganz ersetzt, so sind die übrigen frey[51]). Ist hingegen von der Strafe die Rede, so ist diese einem jeden der Mitschuldigen nach dem Grade des Vorsatzes oder der Schuld aufzuerlegen, und findet hier keine Correalverbindlichkeit statt[52]). Deßgleichen kann

5) eine paßive Correalobligation durch richterliche Sentenz entstehen, wenn mehrere in solidum verurtheilt worden sind, etwas zu bezahlen[53]). Endlich haben auch

 6) die

51) L. 1. §. 4. *D. de eo, per quem factum.* L. 1. §. *ult.* L. 2. *et* 3. *D. de his, qui effud. vel dejec.* L. 1. *Cod. de condict. furt.* LEYSER Vol. 2. Specim. CXII. medit. 1. BECKER cit. Diss. §. 23. und die gemeinnützigen jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle von **Gmelin** und **Elsäßer**. IV. Band Nr. V. §. 45. folgg. S. 69.

52) *L. 11. §. 2. L. 51. §. fin. D. ad L. Aquil. L. 55. §. 1. D. de admin. tutor. L. 34. D. de injur. L. fin. D. ad L. Cornel de Sicar.* HOTOMANNI quaestion. illustr. Qu. 32. FROMMANN cit. Diss. §. 9. BECKER cit. Diss. §. 21.

53) *L. 1. Cod. Si plures una sentent.* Die blose Verurtheilung mehrerer zur Bezahlung einer gewissen Schuld begründet an sich noch keine obligationem correalem, wenn nicht die Condemnation entweder ausdrücklich in solidum oder wenigstens unter der Clausel geschehen, daß dasjenige, was von dem einem nicht zu erhalten wäre, der andere bezahlen solle. L. 34. *D. de re iud.* L. 39. §. 1. *D. de iure fisci.* FROMMANN cit. Diss. §. 7. circ. fin. DRESKY cit. Diss. §. 16. nr. IV.

6) die Gesetze selbst und unmittelbar in einigen Fällen eine Correalverbindlichkeit festgesetzt. So verordnen die Gesetze

a) daß mehrere Vormünder, welche zur gemeinschaftlichen Verwaltung der Vormundschaft bestellet worden, den Pupillen und Minderjährigen in solidum haften sollen [54].

b) Auch obrigkeitliche Personen sind in solidum verpflichtet, in sofern ihr Amt ungetheilt ist [55].

c) Wenn Kaufleute in Compagnie handeln, und ihrer Handlung einen gemeinschaftlichen Factor vorsetzen, oder wenn mehrere Personen in Gesellschaft ein Schiff ausrüsten, und einen gemeinschaftlichen Schiffsmeister bestellen, so sind die Principalen aus den Handlungen des Factors, oder Schiffsmeisters in solidum verbunden [56]. Eben so haften auch

d) mehrere Bürgen in solidum [57].

III) Die Wirkungen der Correalobligation bestehen, soviel

1) die active Correalobligation anbetrift, darinn:

a) daß jeder der Correalgläubiger den gemeinen Schuldner auf das ganze schuldige Object belangen, dieser aber sich nicht mit der Ausflucht schützen kann, er wolle jedem

54) *L. 55. pr. D. de administr. tut. L. 2. Cod. de divis. tut. L. 6. Cod. arbitr. tut.*

55) *L. 11. D. ad Municipal. L. 3. D. eodem.*

56) *L. 1. §. 25. L. 2. 3. et 4. §. 1. D. de exercitor. act. L. 13. §. 2. D. de instit. act.*

57) *L. 3. C. de fideiussor.*

dem seinen Antheil geben; denn es wird nach der Natur der Correalobligation so angesehen, als wenn dem Kläger, der das Solidum verlangt, auch allein das Ganze versprochen worden wäre [58]). Es darf auch der Schuldner, sobald er von einem der Correalgläubiger belangt worden ist, keinem der übrigen Gläubiger durch Zahlung gratificiren, er wird dadurch wenigstens von seiner Verbindlichkeit gegen den Kläger nicht frey [59]); wofern nicht etwa der Kläger, wie ihm frey steht, bloß seinen Antheil verlangt hätte [60]).

b) Jeder Correalgläubiger hat das Recht, den gemeinen Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreyen. Ein correus credendi kann sich daher die Schuld bezahlen lassen, und wenn er solche ganz erhalten, so können die übrigen correi vom Schuldner weiter nichts fordern [61]). Ob aber der correus credendi, welcher von dem Schuldner das Ganze erhalten, nicht schuldig sey, mit den übrigen zu theilen, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig [62]). Ich glaube es wenigstens nicht. Denn vermöge der Correalobligation war er das Ganze zu fordern allerdings berechtiget, und hätte gleich auch der andere correus das Nämliche fordern können, so schützt doch den erstern das Präventionsrecht *) gegen die Ansprüche des andern;

58) §. 1. *I. de duob. reis.* *L.* 31. *D. de Novation.*

59) *L.* 16. *D. de duob. reis.* *L.* 57. §. 1. *D. de Solution.*

60) FROMMANN cit. Diss. §. 14. DRESKY cit. Diss. §. 18.

61) §. 1. *I. de duob. reis.* *L.* 2. *et* 3. §. 1. *D. eodem.* *L.* 31. §. 1. *D. de novation.*

62) Die verschiedenen Meinungen führt DRESKY cit. Diss. §. 19. an.

*) *L.* 11. §. 21. *D. de Legat. III.*

dern; man kann auch nicht sagen, daß er desselben negotium gerirt habe, wofern er nicht entweder mit dem andern in Gesellschaft steht, oder sonst unter ihnen ausgemacht worden wäre, daß wer die Schuld erheben würde, dem andern seinen Antheil herauszahlen solle [63]). Ein correus credendi kann ferner zum Nachtheil des andern correi eine Novation vornehmen [64]); nicht minder dem Gemeinschuldner den Eid deferiren [65]), durch dessen Abschwörung der Anspruch der übrigen correorum eben so gut getilgt wird, als durch Bezahlung der Schuld [66]). Nur darüber ist man noch nicht einig, wenn einer von den correis credendi dem Schuldner durch ein pactum die Schuld erläßt, ob dieser Vertrag auch den übrigen correis schade, oder ob sie dessen ungeachtet die Schuld fordern können? Unter

63) *L. 62. princ. D. ad Leg. Falcid.* VOET in Commentar. ad Pandect. Tom. II. Lib. XLV. Tit. 2. §. 7. DRESKY cit. loc. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 820. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2029. vorzüglich *Io.* RONCHEGALLUS ad princ. L. 11. D. de duobus reis nr. 69. seqq. und *Iac.* VOORDA in Commentar. ad Legem Falcidiam. Cap. VIII. §. 5.

64) *L. 31. §. 1. D. de Novation.* Diesem ist die *L. 27. D. de pactis* nicht entgegen. Denn in dieser Gesetzstelle ist nur davon die Rede, ob ein correus stipulandi dem Schuldner die Schuld zum Nachtheil des andern correi durch ein pactum erlassen könne, von welchem Falle ich hernach reden werde. S. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν s. Leg. Conciliatar. Centur. I. Quaest. 96. und VOET in Comm. ad Pandect., c. l. §. 5.

65) *L. 28. princ. D. de jurejur.* VOET in Comment. ad Pand. Lib. XII. Tit. 2. §. 21.

66) *L. 27. D. eodem.* Iusjurandum etiam loco solutionis cedit.

unter den verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten über diese Frage[67]) verdient wohl unstreitig diejenige den meisten Beyfall, nach welcher ein Unterschied gemacht wird, ob die correi credendi socii sind, oder nicht. In dem leztern Falle schadet das pactum des einen correi den übrigen gar nichts. Denn der Gemeinschuldner haftet ihnen ex propria obligatione, er kann ihnen daher auch die exceptionem pacti nicht entgegen setzen, da er mit ihnen keinen Vertrag geschlossen hat[68]). In dem erstern Falle hingegen, da die correi *socii* sind, schadet das pactum des einen den übrigen, wo nicht nach dem strengen Recht[69]) doch nach der Billigkeit, wenigstens zum Theil, indem der Schuldner, wenn er auf das Ganze belangt wird, befugt ist, den Antheil abzuziehen, und zurück zu behalten, welchen der paciscirende correus, als socius, würde bekommen haben, wofern er nicht paciscirет hätte. Diese Meinung wird auch von den meisten vertheidiget[70]).

Jedoch

67) Die verschiedenen Meinungen recensirt *Io.* SCHILTER in praxi Iur. Rom. Exercit. VIII. Th. 30. Man sehe auch Sammlung der röm. Gesetze S. 47.

68) *L. 27. pr. D. de pact.*

69) *L. 27. cit.* Hätte jedoch ein correus credendi die Schuld durch Acceptilation erlassen, so können die andern correi gar nichts weiter fordern. *L. 2. D. de duob. reis. L. 31. §. 1. D. de novation. L. 16. pr. D. de acceptilat.* In der leztern Stelle heißt es: quod velut solvisse videatur is, qui *acceptilatione* solutus est.

70) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XXVII. Thes. 9. Lit. D. verb. *An idem fit paciscendo.* VINNIUS selectar. iuris quaestion. Lib. I. cap. 6. §. *Iam videndum* pag. 39. seq. FROMMANN cit. Diss. §. 14. pag. 31. MÜLLER ad *Struvium* Exercit.

Jedoch behauptet Schilter[71]) mit mehreren Rechtsgelehrten[72]), daß heutiges Tages alle correi credendi als socii angesehen würden. Bey der activen Correalobligation stehet jedoch auch

c) dem Schuldner das Recht zu, einem von den correis credendi, welchem er will, Zahlung zu leisten, und sich hierdurch auch von dem Anspruche der übrigen zu befreyen[73]). Weigert sich dieser die Schuld anzunehmen, ohne dazu eine rechtmässige Ursache zu haben, so kann sich der Schuldner durch eine gerichtliche Deposition, als welche die Stelle der Zahlung vertritt, von seiner Verbindlichkeit frey machen[74]), und wäre etwa in Ansehung des einen Correalgläubigers die Schuld durch Compensation getilgt, so kommt ihm solche auch gegen die übrigen correos ohne Zweifel zu statten, weil die Compensation die Schuld ipso iure aufhebt, und mit der Zahlung gleiche Wirkung hat[75]). Soviel hiernächst

2) die

cit. VI. Th. 50. Not. 5. WERNHER Observat. for. Tom. I. Part. I. Obs. 305. in Supplem. nov. §. 28. DRESKY cit. Diss. §. 20.

71) cit. loc.

72) HEIGIUS P. I. Quaest. 37. nr. 22. RONCHEGALLUS ad L. 11. D. de duob. reis nr. 76.

73) FROMMANN Diss. cit. §. 15.

74) *L. 9. Cod. de Solut. L. 19. C. de usuris.* Geht die schuldige Sache, ohne daß dem Offerenti einige Culpa beyzumessen ist, zu Grunde, so kann sich der Schuldner immer mit der exceptione doli mali schützen. *L. 72. D. de Solut.* S. DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de duobus reis Cap. V. nr. 2.

75) *L. 4. L. 14. Cod. de compensat. L. 4. D. Qui potior. in pign.* Man schränkt jedoch diesen Satz insgemein auf den

Fall

2) die Wirkungen der paßiven Correalobligation anlangt, so bestehen sie darin:

a) der Gläubiger hat die Wahl, ob er einen der correorum debendi, oder mehrere, oder alle zugleich auf die ganze Schuld belangen, oder ob er nur von einem jeden seinen Antheil fordern wolle[76]). Es sind auch deßwegen die übrigen correi debendi von des Gläubigers Anspruche noch keineswegeş frey, daß nur einer von denselben allein auf das Ganze belangt worden ist; non enim electione, sagt Ulpian[77]), sed solutione liberantur. Zwar hätte der Gläubiger gegen die übrigen correos nach dem Rechte der Pandecten alsdann keine Klage mehr, wenn er von dem correus, welchen er zuerst in Anspruch genommen, das Ganze hätte erhalten können[78]). Allein Justi-

Fall ein, wenn die correi credendi *socii* sind, arg. *L. 10. D. de duob. reis.* S. RONCHEGALLUS ad L. 10. cit. nr. 16 FROMMANN cit. Diss. §. 15. in fin. Allein in dem angeführten Gesetz ist eigentlich nur von correis debendi die Rede, bey denen der ganz natürliche Grund eintritt, daß ein Schuldner nur aus seinem Vermögen, nicht aber aus den Gütern eines andern Zahlung leisten könne, wenn er nicht mit diesem in Gesellschaft steht. S. DRESKY cit. Diss. §. 19. pag. 36.

76) *L. 1. l. L. 3. §. 1. L. 9. §. fin. L. 11. pr. D de duob. reis.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de duobus reis Cap. VI. FROMMANN. §. 16.

77) *L. 1. §. 43. D. depositi.* Man sehe auch *L. 23. Cod. de fideiussor.*

78) Wenn nämlich der Gläubiger einen von den correis einmal auf das Ganze belangt hatte; so konnten sich die übrigen nach dem ältern römischen Rechte mit einer Exception schützen, wenn sie in Anspruch genommen wurden, ehe sich aus der Execu-

Justiniani hat dieses abgeändert, und verordnet, daß dem Gläubiger sein Anspruch gegen die übrigen correos in jedem Falle unbenommen bleiben solle[79]). Belangt der

Execution ergab, daß der zuerst Beklagte insolvent sey. Die übrigen correi non conventi durften also nur dafür haften, was von dem correo convento nicht zu erhalten gewesen. Es stand also nach diesem Rechte dem Gläubiger nicht frey, wenn er einen von seinen correis einmal belangt hatte, denselben fahren zu lassen, und einen andern zu belangen, wenn er von dem erstern seine völlige Befriedigung hätte erhalten können. *L. 51. §. 4. D. de evict. L. 47. §. 3. D. de peculio L. 3. D. de his, qui effud. vel dejec. L. 2. D. de duob. reis* DRESKY cit. Diss. §. 22. Hatte hingegen der Gläubiger nur einen von den correis auf seinen Antheil belangt, so wurde dadurch der andere correus von seiner Verbindlichkeit nicht frey, sondern konnte auch nach dem Pandectenrechte von dem Gläubiger wegen seines Antheils in Anspruch genommen werden, wie aus der *L. 8. §. 1. D. de Legat. I.* und *L. 51. §. 1. D. de fideiussorib.* erhellet. Man sehe auch DONELLUS in Commentar. ad L. 23. Cod. de Fidejussoribus nr. 4. pag. 703. seq. und de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XLV. Tit. 2. Qu. 8.

79) *L. 28. Cod. de fideiussor.* Idemque in duobus reis promittendi constituimus, *ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes:* sed remanere et ipsi creditori actiones integras, donec per omnia ei satisfiat. Vermöge dieser deutlichen Verordnung steht es also nach dem neuern Röm. Rechte dem Creditor allerdings frey, zu variiren, und die Klage, die er wider den einen correum bereits angestellt hatte, liegen zu lassen, und einen andern von den übrigen zu belangen, von welchem er vielleicht eher glaubt, das Ganze zu erhalten. DRESKY cit. Diss. §. 22. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2029. WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect III. Cap IV. Membr. II. Subsect. I. §. 6. und der Gebr. Oberbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band Medit. 133.

der Gläubiger mehrere correos, oder alle zugleich in ebenderselbigen Klagschrift, so läßt sich daraus noch nicht gleich mit Mevius[80]) folgern, daß der Kläger sich deßwegen seines Correalrechts habe begeben, und die Obligation theilen wollen[81]); wofern er nicht in dem Klageschreiben deutlich erklärt hätte, daß er von jedem der Beklagten nur die Bezahlung seines Antheils verlange[82]); und dieses hat alsdann die Folge, daß wenn etwa einer von den correis nachher insolvent befunden würde, die übrigen für ihn nicht bezahlen dürfen[83]). Es ist auch ferner keinem gegründeten Zweifel unterworfen, daß wenn von den correis debendi das ihnen gemeinschaftlich credidirte Geld nur einer in Empfang genommen, dennoch die übrigen dafür haften, und sich weder mit der Einrede, daß sie von dem Gelde nichts erhalten hätten, schützen, noch verlangen können, daß derjenige, welchem der Gläubiger das Geld unmittelbar dargezählet hat, vor den übrigen zuerst ausgeklagt werde[84]); dahingegen wird in der Theorie darüber noch sehr

80) Tom. I. Part. III. Decis. 419. und Tom. II. Part. VI. Decis. 92.

81) Nam nemo ius suum iactare praesumitur. Man sehe hier DRESKY cit. Diss. §. 22.

82) *L. 18. Cod. de pactis.* FROMMANN cit. Diss. §. 16. pag. 33.

83) *L. 51. §. 4. D. de fideiussor. L. 16. Cod. eod.*

84) *L. 4. Cod. de duob. reis. L. 5. Cod. Si certum petatur.* STRYK de cautelis contractuum Sect. II. Cap. V. §. 14. LAUTERBACH Colleg. Pandect. Tit. de duobus reis §. 20. *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de iure correorum §. 17. (in EIUS *Selectis iurisprud. civilis* P. II. Exerc. 37. pag. 606.) *de* COCCEJI ius civ. controv. Tit. *de duobus reis* Qu. 7. und WALCH Introduct. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. II. Subsect. I. §. 9.

sehr gestritten, ob den correis debendi nicht wenigstens das beneficium divisionis alsdann zukomme, wenn sie noch alle zu bezahlen im Stande sind, und auch alle leicht belangt werden können. Mehrere Rechtsgelehrten [85]) sprechen ihnen solches nach der Strenge des bürgerlichen Rechts ab, in sofern nicht etwa die correi debendi zugleich als Bürgen zu betrachten sind [86]). Allein die meisten behaupten,

85) S. DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de duobus reis. Cap. XIII. nr. 2. seqq. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disputat. XXVI. §. 26. HUBER Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. XVII. §. 2. in fin. VOET in Comment. ad Pandect. Lib. XLV. Tit. 2. §. 4. in fin. FRANSKIUS Exercit. X. Qu. 3. *Petr. de* TOULLIEU in Collectan. iuris civ. a *Io.* WOLBERS edit. pag. 453. seqq. WILLENBERG Exercitat. Sabbathin. P. II. Exerc. 37. §. 18. FROMMANN cit. Diss. §. 16. pag. 36. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. civ. sec. ord. Digestor. Lib. XLV. Tit. 2. §. 11. POTHIER Pandect. Iustin. T. III. Tit. de duobus reis Nr. IX. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2029. und besonders *Frid. Gottl.* ZOLLER Exerc. iur. civ. de beneficio divisionis correis debendi non tributo. *Lipsiae* 1772.

86) Diese erklären nämlich die *Nov. XCIX.* von solchen correis die sich wechselseitig für einander verbürgt haben. Denn die Worte: ἀλληλεγγύως ὑπευθύνες, die gleich im Anfange der Novelle vorkommen, bedeuten eigentlich solche Schuldner, *qui sunt alterna fideiussione obligati*; wie sie auch in der versione vulgata übersetzt werden. Solche correi hatten ehemals nach der *L. 11. pr. D. de duob. reis.* das beneficium divisionis noch nicht, welches ihnen Justinian hier ertheilt, wenn gleich den confideiussoribus diese Rechtswohlthat schon vor Justinians Zeiten vermöge einer Verordnung des K. Hadrian zustand, deren Cajus in der *L. 26. D. de Fideiussor* gedenkt. Es läßt sich indessen wohl nicht läugnen, daß schon nach dem Pandectenrechte mehreren correis das beneficium divisionis exemplo

haupten [87]), daß die Wohlthat der Theilung den correis debendi nach der Nov. XCIX. ohne Unterschied zusteht, wenn nur die Correalobligation nicht aus einem Verbrechen herrührt, auch die correi auf dieses beneficium nicht ausdrücklich renuncirt haben; und diese Meinung ist auch in der Praxis angenommen [88]).

Ll 2 b) Die

emplo fideiussorum ist zugestanden worden. Man vergleiche nur *L. 1. §. 11. D de tutelae et rat. distrah. L. 47. D. Locati. L. 7. D. de fideiussor.* und *L. 11. pr. D. ad Municipal.* S. DRESKY cit. Diss §. 25.

87) S. *Ant.* FABER Coniecturar. iur. civ Lib. XI. cap. 4. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. II. Disputat. XXVII. Th. 9. Lit. E. RICHTER in Expositione avthenticar. ad Avth. *Hoc. ita*: Cod. de duobus reis nr. 46. seqq pag. 350. seqq. *de* COCCEJI in iure civ. controv. Tit. de duobus reis. Qu. 9. *a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 77. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. cap. 4. membr. 2. Subsect. I. §. 8. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band. 135. Medit. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 818. u. a. m.

88) Aug. *Avth.* Hoc ita *Cod. de duob. reis.* CARPZOV. P. II. Constit. XVII. Def. 13. MEVIUS Part. III. Decis. 4. Not. 1. et Part. VI. Decis. 297. n. 2. PHILIPPI Us. pract. Institut. Lib. III. Tit. 17. Eccl. 51. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exerc. XLVIII. Th. 14. et 15. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandect. eod. Tit. de duobus reis §. 22. STRYK Us. mod. Pandect. eod. Tit. §. 5. *a* WERNHER select. Observat. for. Tom. II. Part. VI. Obs. 373. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 4. Not. 6. *de* CRAMER Observ. iur. univ. Tom. II. Obs. 439. *de* CANNGIESER Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I Decis. 50. nr. 17. *de* BEHMER nov. ius controv. Tom. II. Obs. 146. Hymmens Beyträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 6. Sammlung 1. Abschn. S. 84. Nr. 16. u. s. w.

b) Die andere Wirkung der paßiven Correalobligation ist, daß wenn die Schuld durch einen der correorum getilgt worden, auch die übrigen von ihrer Verbindlichkeit befreyet sind. Ob aber nicht der correus, welcher die ganze Schuld bezahlt hat, gegen die übrigen seinen Regreß nehmen könne, ist in der Theorie ebenfalls sehr streitig [89]). Hätten freylich die correi die Schuld, für welche sie sich in solidum verpflichtet haben, gemeinschaftlich z. B. durch Aufnahme eines Darlehns, oder durch Kauf, Pacht u. dgl. contrahirt, oder stünden selbige sonst in Gesellschaft mit einander, so wäre wohl die bejahende Meinung keinem gegründeten Zweifel unterworfen [90]). Ausser diesen Fall könnte eigentlich der correus, welcher bezahlt hat, die übrigen auf Erstattung ihres Antheils nur dann belangen, wenn er sich die Rechte des Gläubigers hätte cediren lassen [91]); weil man doch nicht sagen kann, daß er durch Bezahlung der Schuld, für die er in solidum haften mußte, ein negotium alienum gerirt habe. Allein in der Praxis gestattet man ihm dennoch actionem negotiorum gestorum utilem gegen die übrigen [92]). Eben deswegen kommt auch

89) S. WALCH Introduct. in controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. membr. 2. Subsect. 1. §. 7.

90) Von diesem Falle redet die *L. 2. Cod. de duob. reis.* S. DRESKY cit. Diss. §. 23. Not. q. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 2029.

91) *Ant.* FABER Coniectur. iur. civ. Lib. XI. cap. 6. seqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. Tit. de duobus reis §. 24. WILLENBERG Diss. de iure correorum §. 22. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 820.

92) CARPZOV Part. II. Constit. 17. Definit. 14. FABER in Cod. definit. for. Lib. VIII. Tit. 27. Definit. 1. STRYK Us. mod. Pan-

auch heutiges Tages das pactum, wodurch sich einer von den correis debendi die Schuld hat remittiren lassen, den übrigen in allen Fällen zu statten [93]), welches ihnen sonst nach der Theorie nur in dem Falle nützlich seyn würde, wenn sie socii wären [94]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß eine einzige einseitige Handlung von Seiten eines der Correalschuldner durch Anerkenntniß, oder von Seiten eines der Correalgläubiger durch Erinnerung hinlänglich sey, den Lauf der Verjährung in Ansehung sämmtlicher Theilhaber zu unterbrechen [95]).

§. 340.

Von den mancherley Mitteln, die Verbindlichkeit aus einem Vertrage zu verstärken. 1) Von der Conventionalstrafe.

Die Verbindlichkeit aus einem Vertrage kann auf mancherley Art verstärkt werden. Dahin gehört I) die Conventionalstrafe, welche in den Gesetzen selbst

Pandectar. Tit. de duobus reis §. 3. LAUTERBACH cit. loc. BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. III. Th. 4. Not. 8. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. Band. 134. Meditat.

93) Arg. *L. 21. §. fin. D. de pact.* FROMMANN cit. Diss. §. 18. pag. 43. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandectar. Tit. de duobus reis §. 27. Sammlung der Röm. Gesetze S. 46. Not. a.

94) *L. 9. §. 1. D. de duob. reis. L. 3. §. 3. D. de liberat. legata.*

95) *L. ult. Cod. de duob. reis.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. Cod. de duobus reis Cap. 10.

als eine Cautel empfohlen wird, um des insgemein sehr beschwerlichen Beweises seines habenden Interesse in dem Falle überhoben zu seyn, da der Vertrag von dem andern Theile nicht gehörig erfüllet worden ist[96]); obwohl deßwegen nicht geradezu behauptet werden kann, daß die Conventionalstrafe jederzeit die Stelle des Interesse vertrete, indem solche zuweilen allerdings auch da gefordert werden kann, wo der Stipulator für seine Person eben kein Interesse dabey hat, daß der andere sein Versprechen halte[97]). Conventionalstrafe ist also eine durch Vertrag festgesetzte Prästation, zu welcher sich ein Contrahent dem andern auf den Fall verpflichtet hat, wenn er entweder durch seine Schuld den Vertrag nicht gehörig erfüllen, oder demselben ganz zuwider handeln würde[98]). Ist sie insonderheit

96) §. *ult. I. de verbor. obligat.*

97) *L.* 19. *I. de inutil. stipulat.* Alteri stipulari nemo potest. Inventae enim sunt huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest. Caeterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet; ut, nisi ità factum sit, ut est comprehensum, committatur poenae stipulatio etiam ei, *cuius nihil interest.* Poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis. Eben so *L.* 38. §. 17. *D. de verbor. obligat.* Der Unterschied zwischen der Conventionalstrafe, und dem Interesse ist §. 332. 13. angegeben worden.

98) *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disp. de poena conventionali. *Tübingae* 1666. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de contractu rato manente, poena conventionali quoque soluta. *Lipsiae* 1751. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf, Pacht, Mieth und Erbzins-Contract §. 663 — 665. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1858.

derheit auf den Fall verabredet worden, da einen von beyden Theilen der Contract gereuen sollte, so daß der Reuende dadurch das Recht erhält, gegen Erlegung der Strafe von dem Vertrage abzugehen, so heißt sie ein Reukauf, Reugeld, oder eine Wandelpön [99]). Die Conventionalstrafe besteht nun zwar gewöhnlich in einer bestimmten Geldsumme, es kann aber auch eine jede andere Prästation, wenn sie nur in der Gewalt des Contrahenten steht, der sich dazu verbunden hat, auf den Fall der nicht gehörig geleisteten Erfüllung des Vertrags ausbedungen werden [100]); z. B. daß man dem andern auf den Contraventionsfall eine gewisse Gerechtigkeit einräumen, oder sonst ein gewisses Factum leisten wolle [1]). Ueberhaupt hängt die Bestimmung der Strafe von der Verabredung der Partheyen ab. Nun ist zwar nicht nöthig, daß der verabredete Betrag der Strafe immer ein Verhältniß mit dem Gegen-

99) *L.* 28. *L.* 47. *D. de act. emti vend.* §. *ult. I. de verbor. obligat.* MADIHN Principia iuris Rom. P. I. §. 96. Befindet sich der Contrahent ausser Stand, den Contract zu erfüllen, gesetzt auch, daß er selbst daran Schuld ist, so kann das Reugeld nicht gefordert werden, obwohl deshalb eine Verbindlichkeit zur Leistung des Interesse statt finden kann. S. *Io. Aug.* BACHII Opuscula jurid. Nr. X. §. 2. pag. 388. und Kleins Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft §. 198.

100) *L.* 11. §. 2. *D. de receptis, qui arbitr. receper.*

1) LAUTERBACH cit. Diss. Cap. VI. §. 18. et 19. Zu körperlichen, die Freyheit oder die Ehre verletzenden Strafen, kann jedoch Niemand durch Verträge sich verpflichten. LAUTERBACH c. D. §. 22. WERNHER lectiss. commentat. in Pandect. Lib. XVIII. Tit. I. §. 39. pag. 663. Man sehe auch unser neues Preuß. Landrecht 1. Th. 5. Tit. §. 297.

stande des Hauptvertrags haben müsse, zu dessen Bestärkung dieselbe beygefügt worden ist [2]); vielmehr erlauben die Gesetze, sogar das Duplum, Triplum, oder Quadruplum zu stipuliren [3]). Es darf indessen doch die Conventionalstrafe nie zum Deckmantel eines verbotenen Zinßwuchers dienen;

2) *L.* 32. *princ. D de receptis.* Non distinguemus in compromissis, minor, an maior sit poena, quam res, de qua agitur. Add. *L.* 38. §. 17. *D. de verbor. obligat.*

3) *L.* 56. *pr. D. de eviction.* Verschiedene Rechtsgelehrten wollen zwar behaupten, daß die Conventionalstrafe heutiges Tages die Gränzen nicht überschreiten dürfe, welche K. Justinian in der *L. un. Cod. de Sentent. quae pro eo, quod interest, prof.* bey der Forderung und Bestimmung des Interesse vorgezeichnet hat. S. *Gabr.* VALLIUS in libro sing. ad L. un. Cod. de sentent. quae pro eo quod int. (Tom. I. *Thes. iur. Rom. Otton.* pag. 434. in fin. et seq.) CUJACIUS Lib. XVI. Observation. cap. 34. BRUNNEMANN in Comment. in Cod. Lib. VII. Tit. 47. nr. 13. sqq. LINCKER Diss. de eo, quod interest. Sect. III. Cap. 5. §. 5. seqq. u. a. m. Allein andere Rechtsgelehrten haben aus bessern Gründen gezeigt, daß die L. un. Cod. cit. auf Conventionalstrafen keine Beziehung habe. Man vergleiche DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XXVI. cap. 24. VOET in Commentar. ad Dig. Lib. XLV. Tit. I. §. 12. WERNHER in Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 65. LAUTERBACH cit. Diss. Cap. VI. §. 25. seqq. HELLFELD in Diss. de effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae §. 22. und WEHRN in doctrina iuris explicatr. principior. damni praestandi. Cap. VI. §. 59. Nach dem neuen Preuß. Landrecht 1. Th. 5. Tit. §. 301. u. folg. darf jedoch die Conventionalstrafe den doppelten Betrag des wirklich auszumittelnden Interesse nicht übersteigen, nur dann, wenn das Interesse gar keiner Schätzung fähig ist, soll es bey dem verabredeten Betrage der Strafe sein Bewenden haben.

dienen; sie ist daher ungültig, in sofern sie bey Bezahlung schuldiger Geldsummen die Größe der gesetzmäsigen Zinsen übersteigt [4]).

Soviel die Wirkungen der Conventionalstrafe anbetrift, so ist zuförderst ein Unterschied zu machen, ob die Strafe einem völlig abgeschlossenen Geschäft z. B. einem vollzogenen Transacte, oder einer geschehenen Erbtheilung, auf den Fall beygefügt worden, da ein oder der andere Theil demselben zuwider handeln würde, oder ob sie einem noch unvollzogenen Handel ist angehängt worden. Im erstern Falle ist es zwar sehr streitig, ob man auf der Festhaltung des abgeschlossenen Geschäfts bestehen, und doch daneben die Conventionalstrafe von dem andern Theile fordern könne, der solches, wenn gleich fruchtlos, anzufechten versucht hat; da die Römischen Gesetze bey Entscheidung dieser Frage nicht vollkommen übereinstimmen. Denn einige sagen, die Conventionalstrafe sey verwirkt, wenn gleich der Versuch des andern Theils, das abgeschlossene Geschäft anzufechten, mißlungen wäre [5]). Andere hingegen geben dem Stipulator

4) *L. 13. §. 26. D. de action. emti vend. L. 9. pr. D. de Usuris. L. 29. L. 44. D. eodem. L. 15. L. 16. L. 26. Cod. eodem. Ger.* NOODT de foenore et Usuris. Lib. II. cap. 13. (*Oper.* T. I. pag. 230.) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. IV. Specim. CCXLVII. medit. 7. et 8. pag 899. STRYK Us. mod. Pandectar. Lib. XXII. Tit. 1. § 24. WEHRN cit. loc. pag. 385. Westphals Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf. §. 665. *Paul. Wilh.* SCHMID Progr. de poena conventionali circa mutuum. *Ienae* 1760.

5) *L. 16. D. de Transact.* Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, *si contra placitum fecerit, rato manente pacto*, stipulanti recte pro-

nur die Wahl, ob er im Contraventionsfalle die exceptionem pacti vorschützen, oder sich die Aufhebung des abgeschlossenen Vertrags gefallen lassen wolle; nur im letztern Falle könne er die Bezahlung der verabredeten Strafe von dem Contravenienten fordern, und zwar brauche er sich auf die Klage nicht eher einzulassen, als bis die Strafe erlegt worden; dahingegen müsse er auf die Conventionalstrafe Verzicht thun, wenn er sich der exceptionis pacti bedient, und dadurch die Aufrechterhaltung des verglichenen Geschäfts bewirkt [6]). Es sind indessen die meisten Ausleger der Röm. Rechts

promiserat, praestare cogetur. — *L. 122. §. ult. D. de verbor. obligat.* Duo fratres hereditatem inter se diviserunt, et caverunt sibi, *nihil se contra eam divisionem facturos: et, si contra quis fecisset, poenam alter alteri promisit.* Post mortem alterius, qui supervixit, petit ab heredibus eius hereditatem, quasi ex causa fideicommissi, sibi a patre relicti, debitam; et adversus eum pronuntiatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset. Quaesitum est, an poena commissa esset? Respondit, poenam secundum ea, quae proponuntur, commissam. Man sehe über die letztere Gesetzstelle *Lud.* HARONDAS in Schol. ad Tit. D. de verb. obligat. h. L. (in OTTON *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag. 838.) *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad Tit. eund. pag. 368. VOET in Comment. ad Pandect. Tit. de Transaction. §. 21. und besonders JENSEN in Strictur. ad Rom. iur. Pandect. pag. 464.

6) *L. 10. §. 1. D. de pactis.* Si pacto (scil. *de non petendo*) subiecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio? *Sabinus* putat, quod est verius, utraque via uti posse, *prout elegerit*, qui stipulatus est. Si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit, accepto eum stipulationem ferre. — *L. 15. D. de Transact.* Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subiici solet: sed con-

Rechts [7]), darin mit einander einverstanden, daß man, um den scheinbaren Widerspruch der angeführten Gesetzstellen zu heben,

consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subiungere: quia *rescisso forte pacto*, poena ex stipulatu peti potest. — *L.* 2. *D. de pact. dotal.* Si mulier pacta sit, ne amplius, quam pars dimidia dotis, a se petatur, et poenam stipulata sit: *Mela* ait, alterutro eam contentam esse oportere, vel exceptione pacti, et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem. *L.* 40. *Cod. de Transact.* Ubi pactum vel transactio scripta est, atque Aquilianae stipulationis et acceptilationis vinculis firmitas iuris innexa est: aut subsecutis secundum leges accomodandus est consensus: aut poena una cum his, quae data probantur, ante cognitionem causae (si adversarius hoc maluerit) inferenda est. In dieser letzten Stelle wird unter den *Subsecutis* der unter den Partheyen abgeschlossene Vergleich verstanden, wodurch sich der Gläubiger gegen das, was er als Vergleichssumme erhalten, aller weitern Ansprüche an den Schuldner begeben hatte. Dieser Transact war zu mehrerer Sicherheit mittelst einer Acceptilation bekräftiget worden, nachdem man zuvor durch die Aquilianische Stipulation die Schuldforderung in eine Formularobligation verwandelt hatte. Hierdurch war nun die ganze Schuld ipso iure getilgt worden, so daß auch selbst nach dem strengen Rechte keine Klage mehr statt fand. *L.* 4. *D. de Transact.* *L.* 15. *C. eodem.* Hieraus erklären sich nun die Worte: *Aquilianae stipulationis et acceptilationis vinculis firmitas iuris innexa est.* Ausserdem aber hatte sich der Gläubiger auf den Contraventionsfall noch besonders zu einer Geldstrafe verpflichtet. In diesem Falle soll nun der Gläubiger, wenn er dem Vergleich zuwider dennoch den Schuldner belangen sollte, entweder mit seiner Klage gleich abgewiesen werden, wenn dem Schuldner an der Festhaltung des Vergleichs gelegen ist, (*aut subsecutis secundum leges*, quae scilicet transactionem rescindi, et litem instaurari vetant, *accommodandus est*

heben, einen Unterschied machen müsse, ob unter den Partheyen ausdrücklich festgesetzt worden, daß derjenige, welcher sich würde einfallen lassen, das verglichene Geschäft, es sey, aus welchem Grunde es wolle, anzufechten, und demselben entgegen zu handeln, dem andern eine Geldstrafe zu entrichten schuldig seyn, und der Vertrag nichts desto weniger bey Kräften bleiben solle, oder ob die Clausel, daß die Strafe, rato manente pacto, bezahlt werden solle, nicht ausdrücklich beygefügt worden. Nur in dem letztern Falle findet eigentlich nach dem Römischen Rechte die oben bemerkte Alternative statt, dahingegen in dem erstern Falle die Conventionalstrafe im Contraventionsfalle unstreitig gefordert werden kann, wenn gleich der abgeschlossene Vergleich gültig bleibt [8]). Ist nun aber zur Bestärkung eines noch unvollzogenen

est consensus, i. e. aut actor parere debet transactioni initae) oder will sich der Beklagte die Aufhebung des Transacts gefallen lassen, so muß der Kläger vor allen Dingen die Conventionalstrafe bezahlen. *Poena ante cognitionem causae* id est, ante litis contestationem, *inferenda est.*

7) Man vergleiche *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 40. Cod. de Transact. Ebenderselbe in Commentar. ad L. 122. §. ult. D. de verb. obligat. nr. 4. et 5. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 15. et 16, Pandect. de Transact. *Franc.* KOTOMANNUS in Commentar. ad L. 17. Cod. de Transact. *Petr. de* GREVE in Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exercitat. III. §. 9. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis pr. Digest. Tit. de Transact. §. 19. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano ad L. 16. D. de Transact. §. 4. seqq. pag. 236. seqq. POTHIER in Pandect. Iustinian. Tit. eod. nr. IX. et X.

8) Diese Meinung bestätigt insonderheit die *L. 17. Cod. de Transact.* sehr deutlich, wo es heißt: Cum proponas, ab ea, contra

zogenen Vertrags eine Strafe verabredet worden, so ist darauf zu sehen, ob dieselbe nur auf die Zögerung in der Erfüllung, oder ob sie auf die gänzliche Nichterfüllung des Vertrags gesetzt worden. Ist das erstere, und die Erfüllung des Versprechens ist nicht zur bestimmten Zeit erfolgt; so

contra quam supplicas, litem, quam tecum habuit, transactione decisam, eamque acceptis his, quae negotii dirimendi causa placuerat dari, nunc de conventione resiluisse: ac petas, vel pacto stari, vel data restitui; perspicis, siquidem de his reddendis, *manente transactionis placito*, statim stipulatione, *si contra fecerit*, prospexisti, et viginti quinque annis maior fuerit: quod *exceptionem pacti et actionem datorum habeas.* Quodsi nihil tale convenit, exceptio tibi, non etiam eorum quae dedisti, repetitio competit, parte securitate. In diesem Gesetz ist von einem solchen Falle die Rede, wo die Zurückgabe der dem andern Theile ausgezahlten Vergleichssumme selbst zur Conventionalstrafe auf den Contraventionsfall war ausbedungen worden. Ich bemerke hier nur noch, daß die letztern Worte: *exceptio tibi, non etiam repetitio competit*, bedingungsweise zu verstehen sind; nämlich wenn der Beklagte exceptionem pacti vorschützt, und dadurch gegen die Ansprüche des Contravenienten gesichert ist; (*parta securitate*) so könne auf solchen Fall die Conventionalstrafe nicht weiter gefordert werden, wenn nicht ein anders durch Beyfügung der Clausel: *rato manente transactionis placito*, ausdrücklich verabredet worden ist. S. DONELLUS in Commentar. ad L. 17. Cod. de Transaction. In Praxi behauptet man jedoch, daß in einem solchen Falle, da zur Bestärkung eines schon vollzogenen Vertrags eine Conventionalstrafe auf den Fall festgesetzt worden ist, wenn ein oder der andere Theil dem Vertrage entgegen handeln würde, die Strafe in dem Contraventionsfalle jederzeit salvo contractu gefordert werden könne. Man sehe nur *Io. Balth. a* WERNHER select. observat. for. Tom. II. Part. X. Obs. 251. und RICHTER cit. Diss.

so kann nicht nur die auf solchen Fall verabredete Strafe gefordert, sondern auch noch auf die Erfüllung des Vertrags geklagt werden [9]). Denn der Verzug hebt an sich die Verbindlichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, nicht auf, es wird auch durch Beyfügung einer Conventionalstrafe keine Novation bewirkt [10]), sondern die Hauptverbindlichkeit dauert fort, obgleich der Schuldner für seine Saumseligkeit mit Recht büssen muß [11]). Ist hingegen die Conventionalstrafe auf den Fall abgeredet worden, wenn die Erfüllung des Versprechens gar nicht erfolgen würde; so ist dem Promittenten entweder die Erfüllung des Vertrags noch möglich, oder nicht. Im leztern Falle hört zwar die Hauptverbindlichkeit auf, weil niemand zu etwas Unmöglichen verpflichtet werden kann [12]). Allein hat sich der Promittent durch seine eigne Schuld ausser Stand gesezt, sein Versprechen zu erfüllen, so muß er dem Promissar die Conventionalstrafe, statt des Interesse, entrichten; und sollte etwa der Schade, den ihm der Promittent durch Nicht-

9) *L. 12. Cod. de contrah. et committ. stipulat.* LAUTERBACH cit. Diss. Cap. IX. §. 60. nr. 5. et 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1858. lit. B.

10) *L. 71. pr. D. pro socio. L. 2. et 6. pr. D. de novation. L. fin. Cod. eodem.* BRÜSSEL de conditionibus. L. II. Tit. 1. nr. 21. pag. 112. in fin. et seqq.

11) HELLFELD in Diss. de effectu poenae conventional. sponsalibus adiectae §. 26. Lag es nicht an dem Promittenden, den Termin inne zu halten, so fällt die Conventionalstrafe weg. *L. 23. D. de obligat. et action.* — Etsi arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare iusserit, *neque per eum, qui dare iussus sit, steterit*, non committi poenam respondit.

12) *L. 69. D. de verbor. obligat.*

Nichterfüllung seines Versprechens zugefügt hat, sich noch höher belaufen, so ist der Promissar befugt, noch soviel nachzuverlangen, als das Interesse die verabredete Strafe übersteigt [13]). Ausser diesen Fall kann nicht beydes zugleich, Strafe und Interesse, gefordert werden [14]) Dasjenige hingegen, wofür die Strafe keine Vergütung ist, kann neben ihr immer noch besonders verlangt werden. So kann z. B. der Verkäufer, der sich wegen der ihm zu liefernden Waaren, auf den Fall, da die Lieferung nicht erfolgen würde, eine Geldstrafe ausbedungen, das Geld aber für die Waare schon bezahlt hat, im eintretenden Contraventionsfall nicht nur die Contraventionalstrafe fordern, sondern auch Zinsen wegen des bezahlten Kaufgeldes mit Recht verlangen [15]). Denn diese sind es nicht, wofür die Strafe ausbedungen worden, sondern der Schade ist es, der dem Käufer daraus entsteht, daß er die Waaren entbehren muß [16]).

Ist aber dem Promittenten die Erfüllung seines Versprechens noch möglich, so ist entweder ausdrücklich verabredet worden, daß derselbe durch Erlegung der Strafe von seiner Verbindlichkeit frey werden solle, oder nicht. Im erstern Falle ist die verabredete Strafe für ein **Reugeld** oder **Wandelpön** zu achten. Der Schuldner hat daher die Wahl, ob er, wenn auf die Erfüllung des Vertrags geklagt wird, die Conventionalstrafe bezahlen, oder sein Ver-

13) *L. 28. D. act. emti.*

14. *L. 41. et 42. D. pro Socio.*

15) *L. 47. D. de act. emti vend.*

16) POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Tit. de verbor. obligat. Nr. LXV. Not. c. und **Westphals** Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf rc. §. 664.

Versprechen noch erfüllen wolle [17]). Im letztern Falle hingegen befreyet die Erlegung der Conventionalstrafe den Schuldner keineswegs von der Erfüllung des Vertrags, sondern es kommt lediglich auf den Gläubiger an, ob er damit zufrieden seyn, oder lieber auf die Erfüllung des Versprechens klagen will [18]). Denn man muß im Zweifel immer annehmen, daß der Promissar die Conventionalstrafe zu seinem Vortheil ausbedungen, folglich dieselbe zu mehrerer Bestärkung der Vertragsverbindlichkeit, nicht aber in der Absicht verabredet worden sey, um gegen Erlegung derselben den Promittenten seiner Verbindlichkeit zu entlassen [19]). Auf beydes zugleich, nämlich auf die Entrichtung der Strafe, und die Erfüllung des Vertrags, kann jedoch nicht geklagt werden, wofern es nicht ausdrücklich ausgemacht worden ist [20]). Uebrigens ist die Strafe verwirkt, sobald der Promittent sich einer solchen Zögerung schuldig macht, daß dem Promissar entweder die Erfüllung des Vertrags nun nichts mehr nützt, oder doch derselbe, der geschehenen Interpellation ungeachtet, die Erfüllung des Versprechens so lange anstehen läßt, daß der Promissar deßhalb wider ihn zu klagen genöthiget wird [21]). Ist der Ver-

17) BACH Diss. de multa poenitentiali §. 4. (in *Opuscul.* pag. 390. seqq.) Man vergleiche auch das neue Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 5. Tit. §. 312. u. 314.

18) *L. 14. Cod. de pactis.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 64. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. §. 1858. Lit. 8.

19) *L. 1. Cod. de arbitris.*

20) *L. 115. §. 2. D. de verbor. obligat.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 65.

21) *L. 115. §. 2. L. 122. §. 2. D. verb. obligat. L. 5. Cod. de contrah. stip.* DONELLUS in Comment. ad cit. L. 122. §. 2. nr. 25.

Vertrag, zu dessen Bestärkung die Conventionalstrafe beygefügt worden, nur zum Theil unerfüllt geblieben, es ist z. B. nur ein Theil der versprochenen Waare nicht gehörig geliefert worden, so sollte billig die Strafe nur pro rata desjenigen, was nicht geliefert worden, gerechnet werden[22]); allein die Gesetze wollen dennoch, daß auch in diesem Falle die Strafe ganz bezahlet werde[23]), weil die Bedingung, unter welcher die Strafe verabredet worden, allerdings auch dann eintritt, wenn auch nur ein Theil des Vertrags unerfüllt geblieben ist[24]). Es ist auch endlich keinem Zweifel unterworfen, daß die Strafe auf die Erben desjenigen geht, der sich zu deren Bezahlung verbindlich gemacht hat, da hier von keinem Verbrechen, sondern nur von einer Klage aus einem Contract die Rede ist[25]). Sie haften jedoch nur pro rata[26]).

§. 341.

nr. 25. LAUTERBACH cit. Diss. §. 71. und POTHIER Pandectae Iustinian. Tom. III. Tit. de verbor. obligationibus Nr. LX. pag. 301.

22) Dieß behauptet auch Westphal in der Lehre des gemein. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 664.

23) *L. 47. D. de action. emti vend. L. 5. §. 4. L. 85. §. 6. D. de verbor. obligat.* POTHIER c. l. Nr. LXII.

24) DONELLUS in Commentar. ad L. 5. §. 4. D. de verbor. obligat. nr. 1. LAUTERBACH Colleg. Pandectar. Lib. XVIII. Tit. I. §. 79.

25) *L. 47. D. de act. emti vend.* S. Westphal a. a. O.

26) *L. 4. §. 1. L. 5. §. 4. L. 85. §. 3. D. de verb. obligat.*

§. 341.

II) Vom Eide, und dessen Wirkungen bey Verträgen.

Die Verbindlichkeit eines Vertrags kann nun auch II) durch den **Eid** gesichert werden. Man versteht unter dem **Eide** eine feyerliche Anrufung Gottes, welche entweder zur mehreren Versicherung eines gethanen Versprechens oder zur Bestärkung der Richtigkeit einer behaupteten Thatsache dergestalt geschiehet, daß wenn man sein Versprechen nicht erfüllen, oder wissentlich eine Unwahrheit behaupten würde, man der göttlichen Gnade, und aller der Wohlthaten verlustig seyn wolle, welche die Religion ihren Verehrern verheißt[27]). Ein solcher Eid wird nun also, wie der Begriff desselben lehrt, entweder zur mehreren Versicherung eines gethanen Versprechens, oder zur

27) Wenn man sich gewöhnlich von einem **Eide** die Vorstellung macht, daß Gott zum Zeugen der Wahrheit, und zum Rächer der Unwahrheit angerufen werde, so läßt sich dieser Begriff mit den Vollkommenheiten der göttlichen Majestät nicht füglich vereinigen. Schon CICERO sagte Lib. III. Officiorum cap. 29. *Iusiurandum non ad iram Deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et fidem pertinet.* Die gemeinen Irrthümer in Absicht auf die Bestimmung des Begriffs vom Eide widerlegt sehr gründlich *Car. Godofr. de* WINCKLER in Diss. cuius Titulus est: ad doctrinam de iureiurando flores sparsi. *Lipsiae 1789* Observ. 1—6. Er selbst giebt Obs. 7. folgenden Begriff: IUSIURANDUM *est solemnis asservatio, quae fit sub iactura beneficiorum religionis.* Man vergleiche ausserdem *Iul. Frid.* MALBLANC doctrinam de iureiurando (*Norimbergae* 1781. 8.) Cap. II. §. 6. **August von Hoff** über den Ursprung, Begriff und Geschichte des Eides. **Berlin** 1790. und **Garvens** philosophische Anmerkungen und Abhandlungen zu **Cicero's** Büchern von den Pflichten 4. Th. S. 195.

zur Bestärkung der Richtigkeit der über eine vorgegangene Thatsache geschehenen Angaben geleistet, und in dem ersten Falle ein Versprechungseid, (iuramentum promissorium) in dem andern Falle aber ein Bestärkungseid (iuramentum assertorium) genennt. Es ist vorjetzt bloß vom promissorischen Eide die Rede, denn von dem assertorischen wird erst im 12. Buch und dessen 2. Titel gehandelt werden. Es entsteht also die Frage, was der hinzugekommene Eid bey Verträgen für eine rechtliche Wirkung hervorbringt [28]? Wir müssen hier vor allen Dingen zwey Fälle unterscheiden. Der Eid ist entweder zu einem an sich gültigen und bürgerlich klagbaren Versprechen hinzugekommen, oder zu einem solchen Vertrage, der nach der Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig ist, oder doch wenigstens den völligen gerichtlichen Effect nicht hat. Im erstern Falle bringt zwar der Eid keine neue Verbindlichkeit hervor, er verstärkt aber doch die schon vorhandene Verbindlichkeit dergestalt, daß er dem Schwörenden die Erfüllung derselben desto angelegener macht. Denn schon das Naturrecht lehrt, daß der Meineidige sich einer zweyfachen Ungerechtigkeit gegen andere schuldig mache, indem er einmal sein Versprechen nicht erfüllt, und hiernächst dem andern ein gerechtes Sicherheitsmittel vereitelt [29]. Allein eine extensivische

28) Ausser Malblanc in cit. doctrina Cap. VII. pag. 312. hat diese Frage sehr gründlich abgehandelt Weber in der systematischen Entwickelung von der Lehre natürlichen Verbindlichkeit Abschn. 10. S. 559. folgg. Welchen noch beyzufügen *Frid. Gottl. Iul.* BURCHARD Diss. de effectu iurisiurandi promissorii praecipue renunciationibus beneficiorum adiecti *Rostockii 1789.*

29) Höpfners Naturrecht §. 104. und Jacobs philosophische Rechtslehre §. 597. Garve a. a. O. S. 200.

stivische Kraft kann dennoch der Eid der Verbindlichkeit nicht geben, noch auch den Schwörenden zu etwas verpflichten, wozu ihn das Versprechen an sich nicht verbindlich macht [30]). Es kann daher der Eid weder über die Gränzen des geschehenen Versprechens hinaus auf etwas erstreckt werden, woran man zur Zeit der Eidesleistung nicht gedacht hat [31]), noch auch die Natur der Hauptverbindlichkeit dadurch geändert werden. Vielmehr versteht sich der Eid jederzeit unter bewandten Umständen [32]), und alle die Bedingungen, welche das Versprechen an sich enthält, sind auch stillschweigend unter dem zu dem Versprechen gekommenen Eid mit begriffen [33]). Er verliert daher seine Kraft, wenn die Verbindlichkeit des Vertrags entweder wegen nicht erfüllter Condition, oder wegen geschehener Erlassung der Schuld, oder wegen unvorhergesehener Veränderung wesentlicher Umstände, wodurch die Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beyder Theile unmöglich gemacht wird, wegfällt [34]). Kurz der Eid richtet sich jederzeit nach der Natur der Hauptverbindlichkeit, zu deren Bestärkung er hinzugekommen [35]).

Wenn

30) WIESTNER Institut. canon. Lib. II. Tit. XXIV. Art. 7. nr. 86. sq. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. Lib. II. cap. 14. §. 394. not. *g. Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. Part. II. Consil. 57. Qu. 2. nr. 16.

31) *Cap. 20. et 35. X. de iureiur.*

32) *Cap. 25. X. eodem.*

33) *Cap. 3. 25. et 29. X. eodem. Frat.* BECMANNORUM Consil. et Decision Part. I. Consl. 38. nr. 17.

34) *Cap. 2. X. de Sponsalib.*

35) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 334. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. Part. II. §. 773.

Wenn aber der Eid einem an sich ungültigen oder nicht gänzlich wirksamen Handel beygetreten ist, so ist wieder zu unterscheiden, ob die Convention, welche durch einen Eid bekräftiget werden wollen, darum ungültig ist, weil es an der Einwilligung derjenigen Parthey mangelt, von welcher die eidliche Zusage geschehen ist, oder weil die bürgerlichen Gesetze aus andern besondern Gründen derselben den gerichtlichen Effect entweder gänzlich oder zum Theil entzogen haben. In dem erstern Falle, wenn z. B. das eidliche Versprechen durch Betrug, oder durch wiederrechtlichen Zwang veranlaßt worden ist, so kann dasselbe durch den hinzugekommenen Eid nicht gültig werden. Es kann mithin auf der einen Seite der Eid den Schwörenden nicht binden, sein Versprechen zu erfüllen, und auch auf der andern Seite der Promissarius durch dergleichen eidliche Zusage kein Recht erlangen, wenn nicht der Eid ein vinculum iniquitatis werden soll[36]). In dem letztern Falle unterscheidet unser Verfasser nach der gemeinen Lehrart der Rechts-

36) In dem *cap.* 28. *X. de iureiur.* und *cap.* 2. *de pactis in 6to.* wird dieses nicht undeutlich dadurch bestätigt, daß daselbst nur die Aufrechthaltung solcher Eide anbefohlen wird, quae sine vi et dolo sponte praestita sunt. Zwar erfordert das Canonische Recht *cap.* 8. 15. und 29. *X. de iureiur.* in solchen Fällen dennoch eine dem geistlichen Richter gebührende Relaxation. Allein da dieselbe sich offenbar auf die in den finstern Zeiten des Aberglaubens aufgekommene Lehre sich gründet, daß jeder Eid eine innere, dem Gelübde ähnliche, Verbindlichkeit gegen Gott hervorbringe, wenn auch gleich auf Seiten des vermeintlichen Gläubigers kein Recht daraus erwächst, so verwerfen wir heutiges Tages billig eine solche Eidesrelaxation, und behaupten, daß jedem ordentlichen Richter das Recht zustehe, einen erzwungenen Eid, nach vorhergehender Untersuchung der Sache, für nichtig zu erklä-

Rechtsgelehrten weiter, ob der nach Vorschrift der Civilgesetze sonst unwirksame Handel zu den absolut verbotenen Geschäften gehöre, oder ob derselbe bloß zum Besten des Interessenten für nichtig erklärt worden sey. In jenem ersteren Falle sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß Verträge, welche durchaus und schlechterdings in den bürgerlichen Gesetzen verboten worden sind, auch selbst durch einen Eid weder erlaubt noch gültig werden können [37]. Daher z. B. der commissorische Vertrag bei Verpfändungen [38], ferner das Versprechen unerlaubter Zinsen [39], und dergleichen auch selbst in dem Canonischen Rechte für schlechterdings nichtig erklärt werden, wenn sie auch mit einem Eide bekräftiget worden wären. In dem letztern Falle hingegen, da das eidlich geschehene Versprechen von den bürgerlichen Gesetzen nicht schlechterdings verboten worden, ist zwar soviel ausser allem Zweifel, daß der Eid, sofern er zum Nachtheil eines Dritten gereicht, zu dessen Besten die bürgerlichen Gesetze das ohne desselben Einwilligung eingegangene Geschäft für ungültig erklärt haben, ohne Wirkung sey [40]; allein desto streitiger ist die Frage, was

erklären S. MALBLANC doctr. de iureiurando Lib. V. Cap. II. §. 121. seqq. und *G. L.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 336.

37) *L.* 5. §. 1. *Cod. de Legibus. L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* S. *G. L.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 335.

38) *Cap.* 7. *X. de pignorib.*

39) *Cap.* 1. 6. *et* 20. *X. de iureiur.* Dem Gläubiger würde die exceptio doli entgegen stehen, wenn er die gesetzwidrigen Zinsen verlangen wollte. Dolo enim facit, qui petit, quod restituere eundem oportet. *Cap.* 59. *de Reg. iuris in VIto.* BOEHMER cit. Princip. iur. canon. §. 336. Not. b.

40) *Cap.* 18. 28. *et* 33. *X. de iureiur. Cap.* 12. *X. de foro compet. cap.* 18. *X. de testibus. cap.* 4. *X. de testib. cogend. Cap.* 2. *de*

was dem Eide in dem Falle für eine Wirkung zuzuschreiben sey, wenn derselbe solchen Verträgen und Rechtsgeschäften hinzugethan worden, welche die bürgerlichen Gesetze nur hauptsächlich zum Besten der Parthey, die den Eid geschworen, für ungültig und unverbindlich erklärt haben? Einige durch den Satz des päbstlichen Rechts: daß alle Eide gehalten werden müssen, die ohne Verlust der ewigen Seligkeit gehalten werden können, verleitet, legen dem Eide in dem bemerkten Falle die Wirkung bey, daß derjenige, welcher ihn geleistet, nun an sein Versprechen gebunden, und die Gültigkeit desselben zu bestreiten, nicht weiter befugt sey. Dieß ist die gemeine Meinung, welche auch noch heut zu Tage von den berühmtesten sowohl katholischen als protestantischen Rechtsgelehrten behauptet wird, und in den Gerichten angenommen ist [41]). Andere hingegen, besonders die neu-

de pactis in VIto, *de* CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 852.

41) Man sehe EYBEL Introd. in ius. eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 394. Not. e. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. II. §. 778. *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 29. Strubens rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 24. PUFFENDORF Observat. ius. univ. Tom. I. Obs. 43. §. 1. WERNHER Observat. select. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 181. sqq. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 335. Schnauberts besondere Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken in Deutschl. §. 536. Hieher gehören noch *Iac. Frid.* KAYSER D. de efficacia iurisiurandi in actibus invalidis et illicitis. Giessae 1736. *Io. Mich.* ROTERMUNDT D. de iureiurando actibus invalidis adiecto. Erf. 1737. *Pet. Ant.* MONTIBELLER D. de effectibus iuramenti pactis invalidis adiecti. Vindob. 1784. und *Alex.* HERD Diss. de vi et efficacia iuramenti contractibus invalidis adiecti. Moguntiae 1762.

ern Rechtsgelehrten [42]), sprechen dem Eide auch in diesem Falle alle Wirkung ab, überzeugt, daß der Eid Verträgen nicht mehrere Verbindlichkeit geben könne, als diese an und für sich selbst habeh. Noch andere Rechtsgelehrten wollen endlich bey solchen Geschäften, die sonst nicht zu Recht bestehen, dem Eide nur den Effect beylegen, daß dem Schwörenden zwar nicht zu gestatten sey, die Aufhebung des Geschäfts mittelst einer Klage zu verlangen, daß aber, wenn der Handel noch nicht erfüllt seyn sollte, der Schwörende bloß des Eides wegen nicht belangt werden könne, um dasjenige zu erfüllen, wozu ihn die bürgerlichen Gesetze nicht verbunden wissen wollen [43]). Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen ist es unumgänglich nöthig, die Gesetze selbst zu Rathe zu ziehen. So lange wir nun bloß bey den allgemeinen Gründen des Vernunftrechts stehen bleiben, ist wohl die Wahrheit über alle Zweifel erhaben, daß der Eid, als ein bloß accessorisches Mittel, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu sichern, nie ein Rechtsgeschäft vollgültig machen könne, welches an sich nach Vorschrift der Gesetze unverbindlich ist [44]). Denn durch

42) MALBLANC in doctr. de iureiurando §. 84. et Lib. V. cap. I. Weber in der Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 10. Abschn. §. 123. Christ. Fried. Schorcht von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen. Jena 1786. und *Frid. Gottl.* BURCHARD in Diss. cit. de effectu iurisiurandi promissorii. Rostochii 1789.

43) SESTER de iuramentis Lib. II. cap. I. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. Lib. XII. Tit. 2. nr. 86. LYNCKER Analecta ad Tit. Dig. de iureiurando Th. 21. FRANSKIUS Lib. II. Resolut. 6. nr. 24. sqq.

44) Hr. Prof. Weber hat dieses im angef. Buche §. 119. sehr gründlich gezeigt. Nicht ganz mit ihm stimmt zwar Hr. Ordin. von

durch die eidliche Zusage werden ja die Verhältnisse und Ursachen nicht aufgehoben, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber veranlaßt worden ist, einem Geschäfte die gerichtliche Wirkung zu entziehen. Ja es würde offenbar zweckwidrig seyn, wenn der Gesetzgeber einem jeden freystellen wollte, seine zum Besten des Staats abzweckende Vorschriften durch Eidschwüre zu vereiteln. Allein die Frage ist, wie sich die Sache eigentlich nach den in Teutschland geltenden positiven Gesetzen verhalte? Nach römischen Rechten ist zwar soviel ausser allem Zweifel, daß der Versprechungseid solchen Geschäften, welche die bürgerlichen Gesetze für ungültig erklären, keine Rechtsbeständigkeit verschaffen könne; denn dieß, glaube ich, hat Ulpian[45]) in der unten ange-

 führ-

von Winkler in florib. sparsis ad doctr. de iureiurando Obs. 12. überein, wo er zu beweisen sucht, daß der Eid nach dem Naturrecht allerdings eine neue Verbindlichkeit hervorbringe, welche er obligationem conscientiae nennt. Allein dagegen hat schon Hr. Prof. Weber a. a. O. sehr richtig erinnert, daß die Angelegenheiten unsers Gewissens nicht vor das menschliche forum gehören, und also auch den Richter nicht berechtigen können, von der durch die Gesetze einmal bestimmten Rechtspflege blos des Eides wegen eine Abänderung zu machen. Man sehe auch *Iac. Frid.* KEESII Diss. de iurisiurandi sponsalibus adiecti efficacia. *Lipsiae* 1776. §. 2.

45) *L. 7. §. 16. D. de pactis.* Et generaliter, quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet; nec legari, nec iusiurandum de hoc adactum, ne quis agat, servandum, MARCELLUS libro secundo Digestorum scribit. Der Sinn dieser Stelle ist, daß nach der Meinung des Marcells weder ein Vertrag, noch ein Vermächtniß, noch ein Eid, wenn solcher den bürgerlichen Gesetzen zuwider läuft, gültig sey. So z. B. erklären die Gesetze den Vertrag für ungültig, wenn ich dir

Versprechen noch erfüllen wolle [17]). Im letztern Falle hingegen befreyet die Erlegung der Conventionalstrafe den Schuldner keinesweges von der Erfüllung des Vetrags, sondern es kommt lediglich auf den Gläubiger an, ob er damit zufrieden seyn, oder lieber auf die Erfüllung des Versprechens klagen will [18]). Denn man muß im Zweifel immer annehmen, daß der Promissar die Conventionalstrafe zu seinem Vortheil ausbedungen, folglich dieselbe zu mehrerer Bestärkung der Vertragsverbindlichkeit, nicht aber in der Absicht verabredet worden sey, um gegen Erlegung derselben den Promittenten seiner Verbindlichkeit zu entlassen [19]). Auf beydes zugleich, nämlich auf die Entrichtung der Strafe, und die Erfüllung des Vertrags, kann jedoch nicht geklagt werden, wofern es nicht ausdrücklich ausgemacht worden ist [20]). Uebrigens ist die Strafe verwirkt, sobald der Promittent sich einer solchen Zögerung schuldig macht, daß dem Promissar entweder die Erfüllung des Vertrags nun nichts mehr nützt, oder doch derselbe, der geschehenen Interpellation ungeachtet, die Erfüllung des Versprechens so lange anstehen läßt, daß der Promissar deßhalb wider ihn zu klagen genöthiget wird [21]). Ist der Ver-

17) BACH Diss. de multa poenitentiali §. 4. (in *Opuscul.* pag. 390. seqq.) Man vergleiche auch das neue Preuß. Gesetzbuch 1. Th. 5. Tit. §. 312. u. 314.

18) *L. 14. Cod. de pactis.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 64. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. §. 1858. Lit. 8.

19) *L. 1. Cod. de arbitris.*

20) *L. 115. §. 2. D. de verbor. obligat.* LAUTERBACH cit. Diss. §. 65.

21) *L. 115. §. 2. L. 122. §. 2. D. verb. obligat. L. 5. Cod. de contrah. stip.* DONELLUS in Comment. ad cit. L. 122. §. 2. nr. 25.

Vertrag, zu dessen Bestärkung die Conventionalstrafe beygefügt worden, nur zum Theil unerfüllt geblieben, es ist z. B. nur ein Theil der versprochenen Waare nicht gehörig geliefert worden, so sollte billig die Strafe nur pro rata desjenigen, was nicht geliefert worden, gerechnet werden[22]); allein die Gesetze wollen dennoch, daß auch in diesem Falle die Strafe ganz bezahlet werde[23]), weil die Bedingung, unter welcher die Strafe verabredet worden, allerdings auch dann eintritt, wenn auch nur ein Theil des Vertrags unerfüllt geblieben ist[24]). Es ist auch endlich keinem Zweifel unterworfen, daß die Strafe auf die Erben desjenigen geht, der sich zu deren Bezahlung verbindlich gemacht hat, da hier von keinem Verbrechen, sondern nur von einer Klage aus einem Contract die Rede ist[25]). Sie haften jedoch nur pro rata[26]).

§. 341.

nr. 25. LAUTERBACH cit. Diss. §. 71. und POTHIER Pandectae Iustinian. Tom. III. Tit. de verbor. obligationibus Nr. LX. pag. 301.

22) Dieß behauptet auch Westphal in der Lehre des gemein. Rechts vom Kauf ꝛc. §. 664.

23) *L. 47. D. de action. emti vend. L. 5. §. 4. L. 85. §. 6. D. de verbor. obligat.* POTHIER c. l. Nr. LXII.

24) DONELLUS in Commentar. ad L. 5. §. 4. D. de verbor. obligat. nr. 1. LAUTERBACH Colleg. Pandectar. Lib. XVIII. Tit. I. §. 79.

25) *L. 47. D. de act. emti vend.* S. Westphal a. a. O.

26) *L. 4. §. 1. L. 5. §. 4. L. 85. §. 3. D. de verb. obligat.*

§. 341.

II) Vom Eide, und dessen Wirkungen bey Verträgen.

Die Verbindlichkeit eines Vertrags kann nun auch II) durch den **Eid** gesichert werden. Man versteht unter dem **Eide** eine feyerliche Anrufung Gottes, welche entweder zur mehreren Versicherung eines gethanen Versprechens oder zur Bestärkung der Richtigkeit einer behaupteten Thatsache dergestalt geschiehet, daß wenn man sein Versprechen nicht erfüllen, oder wissentlich eine Unwahrheit behaupten würde, man der göttlichen Gnade, und aller der Wohlthaten verlustig seyn wolle, welche die Religion ihren Verehrern verheißt[27]). Ein solcher Eid wird nun also, wie der Begriff desselben lehrt, entweder zur mehreren Versicherung eines gethanen Versprechens, oder zur

27) Wenn man sich gewöhnlich von einem **Eide** die Vorstellung macht, daß Gott zum Zeugen der Wahrheit, und zum Rächer der Unwahrheit angerufen werde, so läßt sich dieser Begriff mit den Vollkommenheiten der göttlichen Majestät nicht füglich vereinigen. Schon CICERO sagte Lib. III. Officiorum cap. 29. *Iusiurandum non ad iram Deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et fidem pertinet.* Die gemeinen Irrthümer in Absicht auf die Bestimmung des Begriffs vom Eide widerlegt sehr gründlich *Car. Godofr. de* WINCKLER in Diss. cuius Titulus est: ad doctrinam de iureiurando flores sparsi. *Lipsiae 1789* Observ. 1—6. Er selbst giebt Obs. 7. folgenden Begriff: IUSIURANDUM *est solemnis asservatio, quae fit sub iactura beneficiorum religionis.* Man vergleiche ausserdem *Iul. Frid.* MALBLANC doctrinam de iureiurando (*Norimbergae* 1781. 8.) Cap. II. §. 6. **August von Hoff** über den Ursprung, Begriff und Geschichte des Eides. **Berlin** 1790. und **Garvens** philosophische Anmerkungen und Abhandlungen zu **Cicero's** Büchern von den Pflichten 4. Th. S. 195.

zur Bestärkung der Richtigkeit der über eine vorgegangene Thatsache geschehenen Angaben geleistet, und in dem ersten Falle ein Versprechungseid, (iuramentum promissorium) in dem andern Falle aber ein Bestärkungseid (iuramentum assertorium) genennt. Es ist vorjetzt bloß vom promissorischen Eide die Rede, denn von dem assertorischen wird erst im 12. Buch und dessen 2. Titel gehandelt werden. Es entsteht also die Frage, was der hinzugekommene Eid bey Verträgen für eine rechtliche Wirkung hervorbringt [28])? Wir müssen hier vor allen Dingen zwey Fälle unterscheiden. Der Eid ist entweder zu einem an sich gültigen und bürgerlich klagbaren Versprechen hinzugekommen, oder zu einem solchen Vertrage, der nach der Vorschrift der Civilgesetze entweder ganz ungültig ist, oder doch wenigstens den völligen gerichtlichen Effect nicht hat. Im erstern Falle bringt zwar der Eid keine neue Verbindlichkeit hervor, er verstärkt aber doch die schon vorhandene Verbindlichkeit dergestalt, daß er dem Schwörenden die Erfüllung derselben desto angelegener macht. Denn schon das Naturrecht lehrt, daß der Meineidige sich einer zweyfachen Ungerechtigkeit gegen andere schuldig mache, indem er einmal sein Versprechen nicht erfüllt, und hiernächst dem andern ein gerechtes Sicherheitsmittel vereitelt [29]). Allein eine extensivische

28) Ausser Malblanc in cit. doctrina Cap. VII. pag. 313. hat diese Frage sehr gründlich abgehandelt Weber in der systematischen Entwickelung von der Lehre natürlichen Verbindlichkeit Abschn. 10. S. 559. folgg. Welchen noch beyzufügen *Frid. Gottl. Iul.* BURCHARD Diss. de effectu iurisiurandi promissorii praecipue renunciationibus beneficiorum adiecti *Rostochii 1789.*

29) Höpfners Naturrecht §. 104. und Jacobs philosophische Rechtslehre §. 597. Garve a. a. O. S. 200.

sivische Kraft kann dennoch der Eid der Verbindlichkeit nicht geben, noch auch den Schwörenden zu etwas verpflichten, wozu ihn das Versprechen an sich nicht verbindlich macht [30]). Es kann daher der Eid weder über die Gränzen des geschehenen Versprechens hinaus auf etwas erstreckt werden, woran man zur Zeit der Eidesleistung nicht gedacht hat [31]), noch auch die Natur der Hauptverbindlichkeit dadurch geändert werden. Vielmehr versteht sich der Eid jederzeit unter bewandten Umständen [32]), und alle die Bedingungen, welche das Versprechen an sich enthält, sind auch stillschweigend unter dem zu dem Versprechen gekommenen Eid mit begriffen [33]). Er verliert daher seine Kraft, wenn die Verbindlichkeit des Vertrags entweder wegen nicht erfüllter Condition, oder wegen geschehener Erlassung der Schuld, oder wegen unvorhergesehener Veränderung wesentlicher Umstände, wodurch die Erreichung des ausdrücklich erklärten, oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzwecks beyder Theile unmöglich gemacht wird, wegfällt [34]). Kurz der Eid richtet sich jederzeit nach der Natur der Hauptverbindlichkeit, zu deren Bestärkung er hinzugekommen [35]).

Wenn

30) WIESTNER Institut. canon. Lib. II. Tit. XXIV. Art. 7. nr. 86. sq. EYBEL Introduct. in ius ecclef. Catholicor. Tom. IV. Lib. II. cap. 14. §. 394. not. *g. Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. Part. II. Consil. 57. Qu. 2. nr. 16.

31) *Cap.* 20. *et* 35. *X. de iureiur.*

32) *Cap.* 25. *X. eodem.*

33) *Cap.* 3. 25. *et* 29. *X. eodem. Frat.* BECMANNORUM Consil. et Decision Part. I. Conf. 38. nr. 17.

34) *Cap.* 2. *X. de Sponfalib.*

35) *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 334. *Paul. Iof. a* RIEGGER institut. iurisprud. ecclef. Part. II. §. 773.

Wenn aber der Eid einem an sich ungültigen oder nicht gänzlich wirksamen Handel beygetreten ist, so ist wieder zu unterscheiden, ob die Convention, welche durch einen Eid bekräftiget werden wollen, darum ungültig ist, weil es an der Einwilligung derjenigen Parthey mangelt, von welcher die eidliche Zusage geschehen ist, oder weil die bürgerlichen Gesetze aus andern besondern Gründen derselben den gerichtlichen Effect entweder gänzlich oder zum Theil entzogen haben. In dem erstern Falle, wenn z. B. das eidliche Versprechen durch Betrug, oder durch wiederrechtlichen Zwang veranlaßt worden ist, so kann dasselbe durch den hinzugekommenen Eid nicht gültig werden. Es kann mithin auf der einen Seite der Eid den Schwörenden nicht binden, sein Versprechen zu erfüllen, und auch auf der andern Seite der Promissarius durch dergleichen eidliche Zusage kein Recht erlangen, wenn nicht der Eid ein vinculum iniquitatis werden soll[36]). In dem letztern Falle unterscheidet unser Verfasser nach der gemeinen Lehrart der Rechts-

36) In dem *cap.* 28. *X. de iureiur.* und *cap.* 2. *de pactis in 6to.* wird dieses nicht undeutlich dadurch bestätigt, daß daselbst nur die Aufrechthaltung solcher Eide anbefohlen wird, quae sine vi et dolo sponte praestita sunt. Zwar erfordert das Canonische Recht *cap.* 8. 15. und 29. *X. de iureiur.* in solchen Fällen dennoch eine dem geistlichen Richter gebührende Relaxation. Allein da dieselbe sich offenbar auf die in den finstern Zeiten des Aberglaubens aufgekommene Lehre sich gründet, daß jeder Eid eine innere, dem Gelübde ähnliche, Verbindlichkeit gegen Gott hervorbringe, wenn auch gleich auf Seiten des vermeintlichen Gläubigers kein Recht daraus erwächst, so verwerfen wir heutiges Tages billig eine solche Eidesrelaxation, und behaupten, daß jedem ordentlichen Richter das Recht zustehe, einen erzwungenen Eid, nach vorhergehender Untersuchung der Sache, für nichtig zu erklä-

Rechtsgelehrten weiter, ob der nach Vorschrift der Civilgesetze sonst unwirksame Handel zu den absolut verbotenen Geschäften gehöre, oder ob derselbe bloß zum Besten des Interessenten für nichtig erklärt worden sey. In jenem ersteren Falle sind alle Rechtsgelehrten darin einverstanden, daß Verträge, welche durchaus und schlechterdings in den bürgerlichen Gesetzen verboten worden sind, auch selbst durch einen Eid weder erlaubt noch gültig werden können[37]). Daher z. B. der commissorische Vertrag bei Verpfändungen[38]), ferner das Versprechen unerlaubter Zinsen[39]), und dergleichen auch selbst in dem Canonischen Rechte für schlechterdings nichtig erklärt werden, wenn sie auch mit einem Eide bekräftiget worden wären. In dem letztern Falle hingegen, da das eidlich geschehene Versprechen von den bürgerlichen Gesetzen nicht schlechterdings verboten worden, ist zwar soviel ausser allem Zweifel, daß der Eid, sofern er zum Nachtheil eines Dritten gereicht, zu dessen Besten die bürgerlichen Gesetze das ohne desselben Einwilligung eingegangene Geschäft für ungültig erklärt haben, ohne Wirkung sey[40]); allein desto streitiger ist die Frage, was

erklären S. MALBLANC doctr. de iureiurando Lib. V. Cap. II. §. 121. seqq. und *G. L.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 336.

37) *L.* 5. §. 1. *Cod. de Legibus. L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* S. *G. L.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 335.

38) *Cap.* 7. *X. de pignorib.*

39) *Cap.* 1. 6. *et* 20. *X. de iureiur.* Dem Gläubiger würde die exceptio doli entgegen stehen, wenn er die gesetzwidrigen Zinsen verlangen wollte. Dolo enim facit, qui petit, quod restituere eundem oportet. *Cap.* 59. *de Reg. iuris in VIto.* BOEHMER cit. Princip. iur. canon. §. 336. Not. b.

40) *Cap.* 18. 28. *et* 33. *X. de iureiur. Cap.* 12. *X. de foro compet. cap.* 18. *X. de testibus. cap.* 4. *X. de testib. cogend. Cap.* 2. *de*

was dem Eide in dem Falle für eine Wirkung zuzuschreiben sey, wenn derselbe solchen Verträgen und Rechtsgeschäften hinzugethan worden, welche die bürgerlichen Gesetze nur hauptsächlich zum Besten der Parthey, die den Eid geschworen, für ungültig und unverbindlich erklärt haben? Einige durch den Satz des päbstlichen Rechts: daß alle Eide gehalten werden müssen, die ohne Verlust der ewigen Seligkeit gehalten werden können, verleitet, legen dem Eide in dem bemerkten Falle die Wirkung bey, daß derjenige, welcher ihn geleistet, nun an sein Versprechen gebunden, und die Gültigkeit desselben zu bestreiten, nicht weiter befugt sey. Dieß ist die gemeine Meinung, welche auch noch heut zu Tage von den berühmtesten sowohl katholischen als protestantischen Rechtsgelehrten behauptet wird, und in den Gerichten angenommen ist [41]). Andere hingegen, besonders die neu-

de pactis in VIto, de CRAMER Observat. iur. univ. T. III. Obs. 852.

41) Man sehe EYBEL Introd. in ius. eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 394. Not. e. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. II. §. 778. *Iust. Henn.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 29. Strubens rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 24. PUFFENDORF Observat. ius. univ. Tom. I. Obs. 43. §. 1. WERNHER Observat. select. for. Tom. I. Part. IV. Obs. 151. nr. 181. sqq. *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 335. Schnauberts besondere Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken in Deutschl. §. 536. Hierher gehören noch *Iac. Frid.* KAYSER D. de efficacia iurisiurandi in actibus invalidis et illicitis. Giessae 1736. *Io. Mich.* ROTERMUNDT D. de iureiurando actibus invalidis adiecto. Erf. 1737. *Pet. Ant.* MONTIBELLER D. de effectibus iuramenti pactis invalidis adiecti. Vindob. 1784. und *Alex.* HERD Diss. de vi et efficacia iuramenti contractibus invalidis adiecti. Moguntiae 1762.

ern Rechtsgelehrten [42]), sprechen dem Eide auch in diesem Falle alle Wirkung ab, überzeugt, daß der Eid Verträgen nicht mehrere Verbindlichkeit geben könne, als diese an und für sich selbst haben. Noch andere Rechtsgelehrten wollen endlich bey solchen Geschäften, die sonst nicht zu Recht bestehen, dem Eide nur den Effect beylegen, daß dem Schwörenden zwar nicht zu gestatten sey, die Aufhebung des Geschäfts mittelst einer Klage zu verlangen, daß aber, wenn der Handel noch nicht erfüllt seyn sollte, der Schwörende bloß des Eides wegen nicht belangt werden könne, um dasjenige zu erfüllen, wozu ihn die bürgerlichen Gesetze nicht verbunden wissen wollen [43]). Bey dieser Verschiedenheit der Meinungen ist es unumgänglich nöthig, die Gesetze selbst zu Rathe zu ziehen. So lange wir nun bloß bey den allgemeinen Gründen des Vernunftrechts stehen bleiben, ist wohl die Wahrheit über alle Zweifel erhaben, daß der Eid, als ein bloß accessorisches Mittel, die Erfüllung einer wirklich vorhandenen Verbindlichkeit zu sichern, nie ein Rechtsgeschäft vollgültig machen könne, welches an sich nach Vorschrift der Gesetze unverbindlich ist [44]). Denn durch

42) MALBLANC in doctr. de iureiurando §. 84. et Lib. V. cap. I. Weber in der Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 10. Abschn. §. 123. Christ. Fried. Schorcht von der Ungültigkeit des Eides bey ungültigen Verträgen. Jena 1786. und *Frid. Gottl.* BURCHARD in Diss. cit. de effectu iurisiurandi promissorii. Rostochii 1789.

43) SESTER de iuramentis Lib. II. cap. I. ZOESIUS in Commentar. ad Pandect. Lib. XII. Tit. 2. nr. 86. LYNCKER Analecta ad Tit. Dig. de iureiurando Th. 21. FRANSKIUS Lib. II. Resolut. 6. nr. 24. sqq.

44) Hr. Prof. Weber hat dieses im angef. Buche §. 119. sehr gründlich gezeigt. Nicht ganz mit ihm stimmt zwar Hr. Ordin.

von

durch die eidliche Zusage werden ja die Verhältnisse und Ursachen nicht aufgehoben, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber veranlaßt worden ist, einem Geschäfte die gerichtliche Wirkung zu entziehen. Ja es würde offenbar zweckwidrig seyn, wenn der Gesetzgeber einem jeden freystellen wollte, seine zum Besten des Staats abzweckende Vorschriften durch Eidschwüre zu vereiteln. Allein die Frage ist, wie sich die Sache eigentlich nach den in Teutschland geltenden positiven Gesetzen verhalte? Nach römischen Rechten ist zwar soviel ausser allem Zweifel, daß der Versprechungseid solchen Geschäften, welche die bürgerlichen Gesetze für ungültig erklären, keine Rechtsbeständigkeit verschaffen könne; denn dieß, glaube ich, hat Ulpian[45]) in der unten ange-

Mm 5 führ-

von Winkler in florib. sparsis ad doctr. de iureiurando Obs. 12. überein, wo er zu beweisen sucht, daß der Eid nach dem Naturrecht allerdings eine neue Verbindlichkeit hervorbringe, welche er obligationem conscientiae nennt. Allein dagegen hat schon Hr. Prof. Weber a. a. O. sehr richtig erinnert, daß die Angelegenheiten unsers Gewissens nicht vor das menschliche forum gehören, und also auch den Richter nicht berechtigen können, von der durch die Gesetze einmal bestimmten Rechtspflege blos des Eides wegen eine Abänderung zu machen. Man sehe auch *Iac. Frid.* KEESII Diss. de iurisiurandi sponsalibus adiecti efficacia. *Lipsiae* 1776. §. 2.

45) *L.* 7. §. 16. *D. de pactis.* Et generaliter, quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet; nec legari, nec iusiurandum de hoc adactum, ne quis agat, servandum, MARCELLUS libro secundo Digestorum scribit. Der Sinn dieser Stelle ist, daß nach der Meinung des Marcells weder ein Vertrag, noch ein Vermächtniß, noch ein Eid, wenn solcher den bürgerlichen Gesetzen zuwider läuft, gültig sey. So z. B. erklären die Gesetze den Vertrag für ungültig, wenn ich dir

führten Stelle nicht undeutlich ausgedrückt, soviel auch übrigens die Critic dabey zu erinnern und zu ändern gefunden hat[46]). Man würde indessen doch unstreitig zuweit gehen, wenn man deswegen geradezu behaupten wollte, daß der Versprechungseid nach römischen Rechten durchaus keine andere Verbindlichkeit hervorgebracht habe, als welche das Geschäft, zu welchem er hinzugekommen, schon an und für sich selbst hatte. Vom Gegentheile überzeugt uns der Eid, womit ein Minderjähriger einen an sich gültig geschlossenen Contract bekräftigte[47]); deßgleichen derjenige, welchen ein Freygelassener seinem Patron schwur, daher ihm gewisse Dienste

dir versprechen wollte, auf den Fall, daß du mich bestehlen oder iniuriiren würdest, keine Klage wider dich anzustellen; *L.* 27. §. 4. *D. h. t.* Gesetzt, ich hätte dir dieß eidlich versprochen, (*iusiurandum, de hoc adactum, ne agam*) so ist auch selbst der Eid unverbindlich, weil er den Gesetzen zuwider ist. S. CUJACIUS Lib. I. Observat. cap. 24. WALCH ad *Eckhardi* Hermenevt. iuris Lib. I. cap. 4. §. 142. pag. 250. sqq. u. *Io. Bern.* KOEHLER Interpretat. et Emendat. iur. Rom. Lib. II. c. 4. p. 21.

46) S. Höpfners Sammlung der Röm. Gesetze S. 29. und WALCH cit. loc.

47) *L.* 1. *C. si adversus vendition.* Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, *nullam de caetero te esse controversiam facturam*, idque etiam iureiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae, neque periurii me auctorem tibi futurum sperare debuisti. Daß hier von einem an sich gültig geschlossenen Contract des Minderjährigen die Rede sey, haben *Ed.* CALDERA de erroribus Pragmaticor. Lib. II. cap. 4. nr. 3. (in *Thes. Meermann.* Tom. III. pag. 567.) und *Arn.* VINNIUS select. iuris quaestion Lib. I. cap. 15. dargethan. Hier schließt also der Eid die Wohlthat der Restitution aus.

Dienste leisten, oder sonst gewisse Geschenke machen wolle, zu welchen ihn sein bloßes Versprechen nicht verbindlich macht[48]), der Verbindlichkeit zur Strafe nicht zu gedenken, welche der Meineidige sich zuzog, wenn er dem eidlich geschehenen Versprechen kein Genüge leistete oder demselben gar entgegen handelte[49]). Allein ob ausser diesen Fällen der Eid nach dem römischen Rechte Verträgen keinen gerichtlichen Effect beylegen können, den diese nicht an sich schon hatten, ist eine Frage, worüber in neuern Zeiten gestritten worden ist[50]), so wenig auch die ältern Rechtsgelehrten

48) CAJUS *Lib. II. Institut. Tit. IX.* §. 4. Item et alio casu, uno loquente, et sine interrogatione alius promittente, *contrahitur obligatio*, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse *iuraverit*, in quo non tam verborum solemnitate, quam *iurisiurandi religione* tenentur. ULPIANUS *L. 7. pr. D. de operis libertor.* Ut *iurisiurandi obligatio* contrahatur, libertum esse eportet, qui iuret, et libertatis causa iurate. *Operas officiales* war zwar der Freygelassene seinem Patron ipso iure schuldig, *L. 26. §. 12. D. de condict. indeb.* allein *operas fabriles s. artificiales* nur in sofern, als sie der libertus eidlich versprochen hatte. *L. 3. pr. L. 5. L. 7. §. 2. D. de oper. libert.* S. HEINECCIJ Commentar. ad Leg. Iuliam et Pap. Poppaeam Lib. II. cap. 10. §. 2. pag. 229. sqq.

49) *L. 13. §. 15. D. de iureiur. L. 41. Cod. de Transact.*

50) Man sehe hier besonders *de* WINCKLER Flores sparſ. ad doctrin. de iureiurando. Observ. 14. et 15. wo er die Verbindungskraft der Versprechungseide nach Röm. Rechten gegen den Hrn. Prof. Malblanc in doctr. de iureiurando Lib. III. cap. 7. §. 79. seqq. zu vertheidigen sucht, wenn nur sonst der Vertrag über einen erlaubten Gegenstand geschlossen worden. Man vergleiche auch Lud. Fried. Griesinger von der Verbindlichkeit der Verträge 1. Buch 3. Kap. §. 7. S. 25.

lehrten [51]) Bedenken fanden, zu behaupten, daß nicht einmal ein pactum nudum durch den hinzugekommenen Eid nach Röm. Rechten klagbar geworden sey, wenn ihm nicht etwa, wie beym Versprechen eines Freygelassenen, ein bürgerliches Gesetz diese Wirkung besonders mitgetheilt hatte. Ganz entscheidende Gesetzstellen finden sich freylich hievon in unserm Corpus Juris nicht; wenn indessen eine Abänderung desjenigen, was die Grundsätze des Vernunftrechts hierüber bestimmen, in der bürgerlichen Gesetzgebung nie vermuthet wird, wenn ferner Ausnahmen ihrer Natur nach immer streng zu erklären sind, wenn endlich Kaiser **Leo** erst zu seinen Zeiten einen eidlich bestätigten Vertrag für wirksam und klagbar erklärte [52]), so läßt sich wohl mit Grunde nicht daran zweifeln, daß in der Regel der Eid den Vertrag wenigstens nach Justinianeischen Rechten nicht wirksamer gemacht habe, als er an und für sich selbst war [53]). Das päbstliche Recht weicht jedoch von diesem Grund-

51) CUJACIUS Lib. XXII. Observation. cap. 7. *Ed.* CALDERA de erroribus Pragmaticor. Lib. II cap. 5. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 2. et Lib. XII. Tit. 2. §. 4. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pandect. Tit. de iureiurando §. *Dixi* etc. (Tom. II. *Oper.* pag. 278.) *Theod. Regn. de* BASSEN de iureiurando veter. inprimis Romanor. Cap. VI. §. 1. et Cap. VII. §. 1. *Ant.* SCHULTING Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 32. et EIUSDEM Thes. controvers. Decad. XXXVIII. §. 9. STRYK Us. mod. Pandectar. lib. XII. Tit. 2. §. 17. BERGER Oecon. iuris Lib. IV. Tit. 25. § 2. Not. 3. u. a. m.

52) *Nov. LXXII.* S. *Io. Car. van* WACHENDORF Diss. de pactis nudis Cap. II. §. 8. (in *Dissertation. Triad.* pag. 504. seqq.)

53) MALBLANC c. l. §. 80. und **Weber** in der systemat. Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 120.

Grundsatz des römischen Rechts ganz ab. Die Päbste haben nämlich zur Erreichung ihrer unlautern Absichten, welche vorzüglich auf Erweiterung ihrer Macht und geistlichen Gerichtsbarkeit abzielten [54], die Sätze aufgestellt, daß durch einen jeden Eid Gott etwas angelobet, mithin eine besondere Verbindlichkeit gegen Gott erzeugt werde; und daß daher jeder Eid gehalten werden müsse, mit dessen Erfüllung nicht der Verlust der ewigen Seligkeit unzertrennlich verbunden ist; wenn nur übrigens der Eid mit genugsamer Ueberlegung wirklich abgeleistet worden, einem Dritten unnachtheilig ist, und sich im Uebrigen so wenig auf Furcht, Zwang und Gewalt, als auf Betrug und Hinderlist gründet [55]. Den ersten Keim und Gebrauch dieser Sätze findet man in den Verordnungen des Pabst Alexanders III. [56] und ihre Folgen äußerten sich gar bald im Civilrecht. Denn durch Vorschub derselben wurde zuvörderst die Constitution des Kaisers **Friedrich** I. die unter dem Namen der Avthenticae: *Sacramenta Puberum*, Cod. Si adversus venditionem bekannt ist, veranlaßt, und dem römischen Gesetzbuche eingeschaltet. Sie betrift die Geschäfte und eidlich geschehenen Versprechen der Minderjährigen, und bestätigt die Meinung des **Martins Gosias**, eines berühmten, aber päbstlich gesinnten Glossators, welcher

54) Die Kunstgriffe der Päbste in Ansehung der Eide hat **Schorcht** in der oben angeführten Schrift aus der Geschichte vortreflich dargestellt.

55) S. *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de genuino intellectu brocardici vulgaris: omne iuramentum servandum esse, quod salva salute aeterna servari potest. *Halae* 1705.

56) *Cap.* 6. *et* 8. *X. de iureiur.*

welcher gegen den **Bulgarus**, einen strengen Civilisten, behauptete, daß in Gemäßheit jener geistlichen Grundsätze ein Minderjähriger, welcher sich zur Festhaltung eines Contracts mittelst Eidschwurs verbindlich gemacht hat, mit dem Einwand, daß der Contract gleichwohl an sich betrachtet ungültig gewesen, nicht zu hören sey, noch ihm deßhalb eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand weiter zu statten kommen könne[57]). In der Folge verordnete nun auch Pabst **Innocenz III.** in Gemäßheit jener Grundsätze, daß eine sonst ungültige Veräusserung eines Dotal-Grund-

57) Eine Stelle aus den Glossen des Odofredus verdient hier einen vorzüglichen Platz, da sie zur Erläuterung der angeführten Avthenticae sehr viel beyträgt. ODOFREDUS erzählt nämlich ad L. Si minor. Cod. Si advers. venditionem von den beyden Bologneser Rechtsgelehrten, den Martinus und Bulgarus: folgendes: *Unusquisque multa a principe habuit, — et* MARTINUS *plus, quam* BULGARUS, *erat gratiosus, quia sciebus melius applaudere. Et dominus* MARTINUS, *sciens esse discordiam inter dominum* BULGARUM *et ipsum, et videns, quod opinio domini* BULGARI *magis placuit Scholaribus, una die, cum equitaret cum Imperatore, dixit: Domine! quaedam opinio est inter me et* BULGARUM, *qui dicit, quod venditio facta a minore de re sua sine decreto, non valet ipso iure. — Ego dico, si minor vendidit rem suam sine decreto, non valet, sed si iurat, sive cum decreto, sive sine decreto, valet. Decidatis, quae opinio videtur vobis verior? Dixit Imperator: domine* MARTINE, *vestra opinio placet nobis, et vestra opinio est verior. Dixit* MARTINUS *Imperatori: modo faciatis unam constitutionem; et ipse fecit constitutionem; quae incipit;* Sacramenta puberum. Man sehe übrigens von Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 370. der 2ten Aufl. und *Christ.* HANEWINCKEL Diss. de iurisiurandi in contractibus puberum confirmandis efficacia. *Gott.* 1765.

Grundstücks, wenn die Ehefrau dazu ihre Einwilligung mittelst Eides gegeben hätte, um dieses Eides willen aufrecht zu erhalten sey, damit nicht Meineiden der Weg geöffnet werde, besonders da dergleichen Eid nicht zum Nachtheil eines andern gereiche, und den Verlust der ewigen Seligkeit nicht nach sich zöge[58]); und aus den nämlichen Gründen erklärte Pabst Bonifacius VIII. die nach römischen Rechten sonst unverbindliche Entsagung einer künftigen Erbschaft für gültig, wenn der Eid hinzugekommen[59]). Mehrere hieher gehörige Verordnungen des päbstlichen Rechts finden sich nicht. Bey dieser Verschiedenheit der Vorschriften des römischen und päbstlichen Rechts fragt sichs nun endlich noch, nach welchen Grundsätzen eigentlich in protestantischen Gerichten die Sache behandelt werden müßte? Können wir auch hier bey der Regel stehen bleiben, daß das Canonische Recht den Vorzug vor dem Römischen behaupte? Nach der richtigern Meinung der neuern Rechtsgelehrten, welche besonders an Malblanc[60]) und Weber[61]) so geschickte Vertheidiger gefunden hat, sollte zwar freylich jener Grundsatz des päbstlichen Rechts: *omne iuramentum servandum esse, quod salva salute aeterna servari potest*, in den protestantischen Gerichten gar nicht mehr geachtet werden, weil er nicht nur auf Gründen beruhet, die den gereinigten Reli-

58) *Cap.* 28. *X. de iureiur.*

59) *Cap.* 2. *de pactis in VIto.*

60) Doctr. de iureiur. Lib. V. cap. I.

61) Von der natürl. Verbindlichkeit §. 123. Man vergleiche auch LUDOVICI cit. Diss. de genuino intellectu brocardici dicti §. 26. et 28. Schorcht in der oben angeführten Schrift §. 18. und BURCHARD cit. Diss. §. 5 — 9.

Religionsbegriffen unserer Kirche offenbar zuwider sind, sondern auch aus desselben Anwendung die schädlichsten Folgen entstehen, indem auf solche Art durch das Mittel des Eides Personen, für deren Wahl die bürgerlichen Gesetze so vorzüglich besorgt sind, nach Gefallen um ihr Vermögen gebracht, und die heilsamsten Verfügungen vereitelt werden können. Man hat daher wirklich auch in mehreren Staaten schon den vernünftigern Grundsatz durch besondere Landesgesetze eingeführt, daß durch eidliche Bestärkung kein Vertrag mehrere Kraft erhalte, als ihm die Gesetze schon an sich beylegen [62]). Allein das Vorurtheil, daß das Canonische Recht in der Lehre vom Eide dem Römischen vorgehe, hat dennoch in den meisten protestantischen Gerichten zu festen Fuß gefaßt, als daß selbiges durch die dagegen vorgebrachten wichtigen Gründe aus denselben hätte verdrängt werden können [63]). Der Gerichtsgebrauch hat daher die Grundsätze des päbstlichen Rechts von der Verbindlichkeit der Eidesleistungen bey bürgerlich ungültigen Verträgen nicht nur beybehalten, sondern auch dieselben unter der Auctorität der bewährtesten Rechtsgelehrten [64]) noch auf mehre-

62) Man sehe hier vorzüglich das allgemeine Gesetzbuch für die Preußischen Staaten I. Th. 5. Tit. §. 199.

63) Hierüber klagte schon *I. H.* BOEHMER in Iure Eccles. *Protest.* Tit. I. Lib. II. Tit. 24. §. 23. Es fehlt indessen auch nicht an neuern Rechtsgelehrten, welche die Beybehaltung des canonischen Rechts in der Lehre vom Eide zu rechtfertigen gesucht haben. Man sehe *de* WINCKLER flor. spars. ad doctrinam de iureiurando Obs. 13. u. Schnauberts neue juristische Bibliothek. 2. Band. 16. Stück. S. 435. ff.

64) BOEHMER in Iur. Eccles. Protest. c. l. §. 29. seqq. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 274. Struben rechtliche

mehrere Fälle ausgedehnt, ohnerachtet doch selbst das canonische Recht keine einzige allgemeine Verordnung enthält, welche man als eine ausdrückliche Vorschrift für alle Fälle zu betrachten hätte, wo der Eid mit den bürgerlichen Gesetzen in Collision geräth, indem es vielmehr nur in gewissen einzelnen Fällen dem Eide eine Wirkung beylegt, die er sonst nach den Grundsätzen des Vernunft- und römischen Rechts nicht haben würde. So wird daher z. B. nach einem bekannten Gerichtsgebrauche wegen hinzugekommenen Eides die Bürgschaft einer Frauensperson sowohl für ihren Ehemann als für einen fremden Schuldner [65]), ferner die Schenkung unter Ehegatten [66]), auch der sonst ungültige Vergleich über künftige Alimente [67]), und dergleichen mehr, bey den Protestanten für gültig und verbindlich gehalten.

§. 342.

Von einigen andern Bestärkungsmitteln.

Zu den Mitteln, die Verbindlichkeit aus einem Vertrage zu verstärken, gehören auch **Bürgschaft**, **Pfandgebung**, **Hypothecverschreibung**, **Verpflichtung**

liche Bedenken Th. I. Bed. 24. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VI. Obs. 334.

65) **Strubens** rechtliche Bedenken 2. Band Bed. 76. **Quistorps** Beyträge I. St. Nr. VIII. **Meisters** practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht 2. Band. 4. Bemerkung nr. 3.

66) BOEHMER in Iure Eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 33. HELLFELD §. 1257. n. 6.

67) BOEHMER c. l. §. 30.

tung nach Wechselrecht u. a. m. [68]), wovon am gehörigen Orte gehandelt werden wird.

§. 343.

Von dem Rechte, welches aus einem Vertrage erworben wird. Kann man zum Vortheil eines Dritten paciscieren?

Ist nun ein Vertrag gültig geschlossen worden, so erwirbt der Promissar dadurch ein vollkommenes Recht, auf desselben Erfüllung zu klagen. Es ist jedoch dieses Recht in der Regel nur ein persönliches, welches nur gegen den Promittenten, und desselben Erben verfolgt werden kann [69]. Obligationum enim substantia non in eo consistit, sagt Paulus [70]), ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Das Eigenthum einer Sache oder ein anderes dingliches Recht wird also durch einen bloßen Vertrag nach röm. Rechten in der Regel nicht erworben, sondern dazu wird eine Tradition oder quasi Traditio erfordert [71]). Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn der Vertrag ausdrücklich in der Absicht eingegangen worden, daß

68) Man sehe *Io. Frid.* KOBII Commentat. de pecunia mutuaticia tuto collocanda. Goett. 1761. Cap. 3.

69) Gegen die Erben des Promittenten findet jedoch die Klage auch dann statt, wenn gleich die Verbindlichkeit des Verstorbenen in einem Thun bestanden. *L. 13. C. de contrah. stipulat.* Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 3. Band §. 704.

70) *L. 3. pr. D. de obligat. et act. Ian. a* COSTA Praelection. ad illustriores quosdam titulos locaq. select. iuris civ. pag. 90.

71) *L. 20. Cod. h. t.* Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.

daß der andere durch denselben ein dingliches Recht erhalten solle, und das Geschäft übrigens von der Art ist, daß eine Tradition nach der Natur desselben nicht füglich geschehen kann. Der Fall kommt bey der Hypothecverschreibung, ferner bey der Bestellung einer negativen Dienstbarkeit vor, wie ich am gehörigen Orte zeigen werde. Eben so kann der Verkäufer durch Vorbehalt des Eigenthums, ferner durch das pactum commissorium, und addictionis in diem seiner Sache, die er dem andern käuflich überläßt, eine solche, die Sache selbst afficirende, Eigenschaft ausdrücken, vermöge deren er berechtiget ist, dieselbe von jedem dritten Besitzer zurück zu fordern; wovon zu seiner Zeit ein mehreres [72]).

Ob nun gleich das aus einem Vertrage erworbene Recht auf die Erben geht, so war es doch übrigens ein Grundsatz des römischen Rechts, welcher sich aller Modificationen des neuern Rechts ungeachtet doch immer bey den Römern als Regel erhalten hat, daß ein Dritter, der den Vertrag nicht mit geschlossen hat, noch Erbe von einem der Paciscenten geworden ist, kein Recht aus dem Vertrage erlangen könne, wenn gleich der Vertrag zu desselben Besten geschlossen worden [73]). Es galt dieß nicht etwa bloß bey Stipulationen, bey welchen man überhaupt an den Worten klebte, und auf deren Feyerlichkeit die ganze Rechts-

72) Man sehe *Io. Christ.* SCHROETER Diss. de pactis rem afficientibus. *Ienae* 1729.

73) §. 4. *I. de inutil. stipulat.* *L.* 73. §. 4. *D. de Reg. iur.* *L.* 11. *D. de obligat. et action.* *L.* 11. §. 6. *D. de pign. act.* *L.* 1. *Cod. per quas personas.* *L.* 19. *et* 26. *Cod. de iure dot.* Eine vorzügliche Schrift ist *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de iure ex pacto tertii quaesito. *Halae* 1735.

wirkung beschränkte. Aus diesen konnte freylich nach der besondern Beschaffenheit der Handlung ein Dritter weder klagen, noch belangt werden, welcher zur feyerlichen Handlung selbst nicht mit concurrirt hatte. Auch bey andern bonae fidei Contracten hatte der nämliche Grundsatz statt [74]; so daß sogar derjenige, welcher zur Schliessung eines Vertrags in seinem Namen Auftrag ertheilt hatte, dennoch weder Rechte noch Verbindlichkeiten daraus erlangte [75]. Man sagte, Verträge wären unter den Menschen nur eigentlich zu dem Zweck eingeführt, damit jeder dadurch sein eignes Bestes befördern möge [76]. Hierzu kam der hohe Begriff, den sich die Römer von den Rechten und

74) *L.* 11. D. *de obligat. et act.* Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt. Et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. *Ian.* a COSTA in Praelection. ad illustr. quosd. titulos locaq. select. iuris civ. pag. 118. glaubt zwar, daß Eltern ihren Kindern wegen der besondern Affection zu ihnen durch ihre Verträge hätten Vortheile verschaffen können, allein das Gegentheil lehren *L.* 17. §. 4. und *L.* 21. §. 2. *D. de pact.* Man sehe *Ant.* FABER Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 17. wo er diese Meinung hinlänglich widerlegt hat.

75) *L.* 11. §. 6. *D. de pign. act.* Per liberam personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per *procuratorem* quidem vel tutorem acquiratur, et ideo ipsi actione pigneratitia conveniuntur. *Add. L.* 49. *in fin. D. de acqu. vel amitt. possess.* BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 12.

76) *L.* 38. §. 17. *D. de verbor. obligat.* Alteri stipulari nemo potest. Inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest; caeterum ut alii detur, mea non interest.

und Vorzügen eines freyen Menschen machten; denn da sie nur durch ihre Sclaven acquirirten, als welche für sich selbst nichts erwerben konnten, so schien es ihnen unter der Würde eines freyen Menschen zu seyn, wenn man durch ihn Rechte hätten erwerben wollen [77]). Nun ist zwar das neuere römische Recht seit den Zeiten des Divus Pius in mancherley Rücksicht von jener übertriebenen Subtilität des ältern Rechts abgewichen, und den Vorschriften der Vernunft näher getreten [78]). Denn so wurde a) beym Darlehn zum Besten des gemeinen Verkehrs die Ausnahme gemacht, daß ein Dritter, in dessen Namen und für dessen Rechnung man sein Geld einem andern dargeliehen, ipso iure und ohne eine besondere Cession nicht nur die condictionem certi, sondern auch, wenn man sich zum Besten des Dritten eine Hypothec constituiren lassen, sogar die hypothecarische Klage acquiriren solle, wenn gleich der Dritte keinen Auftrag dazu ertheilt hätte, sondern dieses Geschäft ohne desselben Wissen in seiner Abwesenheit geschlossen worden wäre [79]). Sodann ward auch b) die

77) *L. 126. §. 2. D. de verb. obligat.* Per liberam personam, quae neque iuri nostro subiecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam acquirere possumus. S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 89. a. S. 401. folgg.

78) BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 19. et 20.

79) *L. 9. §. 8. D. de reb. cred.* Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos, absente te et ignorante, *Aristo* scribit, acquiri tibi condictionem. *Iulianus* quoque de hoc interrogatus scribit, veram esse *Aristonis* sententiam: nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi acquiratur obligatio. — *L. 2. Cod. per quas person. nobis acquirat.*

Regel des ältern Rechts dadurch modificirt, daß wenn der Dritte zur Eingehung des Handels, der zu seinem Besten geschlossen worden, Auftrag ertheilt hätte, oder wenn der Contract für denselben von einer solchen Person geschlossen worden, die zum Betriebe seiner Angelegenheiten gesetzmäßig bestellet war, z. E. von desselben Vormunde, ihm nach dem neuern Römischen Rechte eine actio utilis zustehen solle, ohne daß er sich den Weitläuftigkeiten der Cession unterziehen dürfe[80]). Wenn ferner c) das pactum in Ansehung einer gewissen Sache dergestalt geschlossen worden, daß es die Sache selbst betraf, so kam es auch dem Dritten zu statten, an welchen der Promissar diese Sache mit Geneh-

rat. Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur quidem ei, cuius nomine pecunia credita est, per huiusmodi numerationem condictio; non autem hypotheca, vel pignus eorum, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur; talem differentiam expellentes, sancimus, *et condictionem et hypothecariam actionem, vel pignus ipso iure, et sine aliqua cessione, ad dominum contractus pervenire.* Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem; quare, quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modu dominus contractus habeat hypothecariam actionem, seu pignoris vinculum, vel retentionem sibi acquisitam? Man vergleiche hier vorzüglich *Theod. Lambert.* PRINS Specim. iurid. de iis, quae sunt singularia in mutuo. *Lugd. Batavor.* 1785. Cap. II. §. 12. et 13.

80) *L.* 15. *L.* 16. *L.* 28. §. 1. *D. h. t.* *L.* 26. *D. de reb. cred.* *L.* 13. §. 25. *D. de act. emti vend.* *L.* 1. §. 13. *D. de tut. et rat. distrah.* *L.* 22. *C. de pact.* HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 1797.

nehmigung des Promittenten verkaufte[81]). Z. B. wenn dem Emphyteuta der Canon auf gewisse künftige Jahre war erlassen worden, und dieser das Gut nachher verkaufte, so war der Vertrag auch für den Käufer nützlich[82]). Ausser diesen Fällen hingegen wird auch selbst in dem neuern Römischen Rechte immer noch in Gemäßheit der ältern Grundsätze genau darauf gesehen, ob derjenige, welchem zum Besten eines Dritten etwas versprochen worden, ohne daß derselbe bevollmächtiget war, im Namen des Dritten zu pacisciren, ein Interesse bey der Erfüllung des Versprechens habe, oder nicht[83]). Nur in dem ersten Falle wird dem Dritten die actio utilis vermöge der Verordnung des Divus Pius gestattet, weil hier der Promissarius selbst auf die Erfüllung des Versprechens dringen, folglich seine Klage dem Dritten abtreten konnte[84]). Man sieht daraus ganz deutlich, daß auch in den neuern Römischen Verordnungen immer noch die Regel des ältern Rechts zum Grunde liegt, vermöge welcher aus Verträgen, die zum Besten eines Dritten geschlossen worden, eigentlich nur derjenige, welcher selbst contrahirt hat, ein Recht erhalte, und daß dieses Recht von ihm allererst auf den Dritten abgeleitet

81) *L. 17. §. 5. D. h. t.* Pactum conventum cum venditore factum, *si in rem constituatur*, secundum plurium sententiam et emtori prodest, et hoc iure nos uti, POMPONIUS scribit. Conf. STRYK de cautelis contractuum Sect. III. Cap. 6. §. 2.

82) Höpfners Sammlung der röm. Gesetze S. 42.

83) Wir finden auch selbst in den Institutionen des Kr. Justinians die Regel: Alteri stipulari nemo potest. Sed si quis stipuletur alii, *cum eius interesset*, placuit stipulationem valere.

84) *L. penult. Cod. ad exhibend. L. 37. §. 3. D. de Legatis III.* BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 23.

werden müsse. Nur darinn wich man von der Strenge des ältern Rechts ab, daß man, um solches zu bewirken, keine feyerliche Cession mehr erforderte, sondern der Dritte sofort mittelst der ihm gestatteten nützlichen Klage in die Stelle des eigentlichen Contrahenten treten durfte [85]). Dahingegen blieb in dem letztern Falle der Vertrag, welcher zum Besten eines Dritten geschlossen worden, auch nach dem neuern Röm. Rechte ohne alle Wirkung [86]). Da jedoch das Hauptprincipium, worauf sich diese Legislation stützt, daß man nämlich durch einen freyen Menschen kein Recht erwerben könne, bloß der Römischen Verfassung und Form der Verträge eigen, und daher in Teutschland nie angenommen worden ist; so läßt sich von den vorgetragenen Grundsätzen des Römischen Rechts in unsern Gerichten kein Gebrauch machen [87]). Es wird daher heutiges Tages weder eine förmliche Cession, noch das Rechtsmittel der sogenannten nützlichen Klage erfordert, um dem Dritten, zu dessen Besten ein Vertrag geschlossen worden, daraus ein Recht zu verschaffen; sondern es genügt, wenn er nur die zu seinem Besten geschehene Zusage acceptirt hat, ehe die eigentlichen Pacis-

85) Man sehe hier Weber a. a. O. S. 404. folg.

86) BOEHMER cit. Diss. Cap. I. §. 24. sagt daher ganz richtig: *Si contrahentis prorsus nihil interest, tertio dari, nec is sibi ius agendi acquisivit, nec consequenter etiam tertio, quia* UTILIS ACTIO *demum tunc data fuit, si paciscens ius agendi, quod cedere poterat, acquisivit.*

87) Dies ist wenigstens die richtigere Meinung der heutigen practischen Rechtsgelehrten, ob sie gleich nicht immer aus Gründen behauptet wird, welche befriedigend sind, wie BOEHMER cit. Diss. Cap. II. und Weber a. a. O. S. 405. folgg. gezeigt haben.

Paciscenten, welches ihnen ohne Zweifel freysteht, davon zurück getreten sind, ohne darauf zu sehen, ob selbst derjenige, dem für einen Dritten etwas versprochen worden, irgend ein anderes Interesse dabey habe, als das gemeine Interesse der Freundschaft und Menschenliebe[88]). Hätte der Promittent die Absicht gehabt, sich dem abwesenden Dritten selbst zu verpflichten, das Versprechen ist also nicht sowohl dem Gegenwärtigen zum besten des abwesenden Dritten, sondern eigentlich diesem Dritten selbst geschehen, und dem Gegenwärtigen nur erlaubt worden, dasselbe im Namen des Abwesenden zu acceptiren; so acquirirt der Promissar durch seine Acceptation dem Dritten ein solches Recht, welches derselbe auch vor erfolgter Acceptation des Dritten dem Promittenten zu remittiren nicht befugt ist[89]).

§. 344.

Von der Form und Auslegung der Verträge.

I) Verträge erfordern übrigens zu ihrer Gültigkeit nach gemeinen Rechten nichts, als die Einwilligung der Par-

88) Man sehe hier vorzüglich WERNHER Observat. for. T. I. P. I. Obs. 182. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 12. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Specim. DXIX. Medit. 4. MEVIUS P. IV. Decis. 112. nr. 4. et 5. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs. 38. §. 20. BOEHMER cit. Diss. Cap. II. §. 4. Hymmens Beyträge zu der juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten 6. Samml. I. Abschn. S. 105. folgg. nr. 53. und Höpfners Commentar über die Institutionen §. 738.

89) GROTIUS de iure belli et pacis Lib. II. Cap. XI. §. 18. Höpfners Naturrecht §. 72. nr. 4. und *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decisionib. P. I. Resp. 5. nr. 10. wo dieser Satz durch einen merkwürdigen Rechtsfall erläutert worden ist.

Partheyen. Ein schriftlicher Aufsatz ist nicht nöthig, ausser wo die Natur des Contracts solchen erfordert, wie der Römische Litteral- und heutige Wechsel-Contract, oder besondere Gesetze solches verordnen [90]), oder die Partheyen ausdrücklich mit einander ausgemacht haben, daß sie den Contract schriftlich schliessen wollen [91]). In einem solchen Falle hat der Vertrag nicht eher eine vollkommene Verbindlichkeit, als bis der schriftliche Aufsatz ausgefertiget, und von den Partheyen unterschrieben worden ist. Jedoch kann auch ein Notarius den Aufsatz ausfertigen, und solchen den Partheyen einhändigen. Ehe indessen die Scriptur auf die eine oder andere Art vollzogen worden ist, findet gar keine Klage statt, auch nicht einmal auf Perfection des Contracts [92]). Im Zweifel ist jedoch anzunehmen, daß die Scriptur bloß des Beweises wegen habe hinzukommen sollen [93]). Wenn nun aber dergleichen schriftliche Aus-

90) Z. B. wenn eine Kirche ein Gut emphyteusin giebt, so muß der Contract schriftlich aufgesetzt werden. *Nov. CXX. cap. 6.* Höpfners Commentar über die Institut. §. 898. So ist auch nach den Gesetzen vieler teutscher Provinzen den Bauern bey ihren Heyrathsverträgen die schriftliche Form vorgeschrieben. S. Rundens Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 186. Nach der Vorschrift des neuen Gesetzbuchs für die Preuß. Staaten 1. Th. 5. Tit. §. 131. soll jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Thaler beläuft, schriftlich errichtet werden.

91) *Ev.* OTTO de contractibus in scriptis celebrat. und FROMMANN Diss. de conventione in scriptis.

92) *L. 17. Cod. de fide instrum.* Westphal vom Kauf rc. §. 14.

93) *L. 4. D. de fide instrum.* PUFENDORF Tom. II. Obs. 52. und Höpfners Commentar §. 860. am Ende.

Ausfertigungen geschlossener Verträge gemacht werden, so müssen solche nach Vorschrift der Gesetze den Contrahenten vorgelesen, und, wo es nöthig ist, erklärt werden [94]), sonst ist der Inhalt unverbindlich, und der Notarius, welcher hierin seine Pflicht versäumt hat, zur Schadensersetzung verbunden [95]).

II) Bey Auslegung dunkler Verträge muß theils auf die Worte, theils auf die wahre Absicht der Paciscenten gesehen werden [96]). Ist daher

a) von der grammatischen Interpretation der Verträge die Rede, so gelten folgende Regeln.

1) Man muß so lange bey dem eigentlichen Wortverstande bleiben, und daher die gewöhnlichste Bedeutung der Worte voraussetzen, bis erhellet, daß die Partheyen etwas anders dabey gedacht haben [97]).

2) Alle Worte sind so anzunehmen, daß sie etwas wirken, und nicht vergeblich da stehen [98]).

3) Was

94) Notariatsordnung Max I. von 1512. §. 11.

95) Notariatsordn. §. 1. *I. H.* BOEHMERI Diss. de contractu non praelecto. Halae 1759. Rundens teutsches Privatrecht §. 186. am Ende.

96) *Franc.* ALEF Diss. de eo, quod aequum est in dubiis conventionibus (in EIUS *diebus academ.* Diss. VIII. pag. 251. sqq.) *Car. Frid.* BOESCHEN Diss. de pactorum ambiguorum interpretatione. *Lipsiae 1775.* Claproths Rechtswissenschaft von vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte 1. Theil 8. Hauptst. §. 49.

97) L. 69. pr. D. de Legat. III. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 226. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrtheit S. 366.

98) *L. 12. D. de reb. dub. L. 67. D. de Reg. iur.*

3) Was hingegen auch völlig überflüssig ist, schadet nichts [99]). Ist hingegen

b) von der logischen Interpretation der Verträge die Rede, so sind folgende Regeln zu bemerken.

1) Wenn eine Stelle im Vertrage undeutlich gefaßt ist, so muß man auf den Grund, warum der Vertrag geschlossen worden, ferner auf die sonst erweißlichen Gesinnungen und Absichten der paciscirenden Theile bey Errichtung des Vertrags, und sowohl auf die vorhergegangenen Umstände, als auf ihr zunächst darauf folgendes Verhalten in Ansehung des eingegangenen Vertrags Rücksicht nehmen [100]).

2) Ist die Absicht der Paciscenten nicht deutlich zu erkennen, so sind dunkle Stellen so zu erklären, daß man von der Natur des Geschäfts, und demjenigen, was die Gesetze, als Regel, bey der Art Verträge, zu welchen der eingegangene gehört, verordnen, so wenig als möglich, abweicht, und im Vertrage selbst kein Widerspruch entstehe. Interpretatio facienda est secundum naturam actus [1]). Denn im Zweifel ist immer anzunehmen, daß die Partheyen das gewollt haben, was die Natur des Geschäfts, und die Disposition der gemeinen Rechte mit sich bringt. In dubio enim non praesumitur mutatio. Hieraus fließt nun aber

4) von

99) *L. 94. D. de Reg. iur. L. 65. princ. D. de verb. obligat.*

100) *L. 219. D. de verbor. Significat.* In conventionibus *contrahentium voluntatem* potius quam verba spectari placuit. Hufelands Lehrsätze des Naturrechts §. 617. n. 2. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 6. Band. Med. 347.

1) *L. 3. D. de reb. credit. L. 11. §. 1. et 2. D. de action. emti vend.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 229. AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. IV. cap. 10. nr. 1.

4) von selbst die Regel, daß in einem solchen zweifelhaften Falle wider denjenigen die Auslegung zu machen sey, welcher einen besondern und ausserordentlichen Vortheil durch den Vertrag zu erhalten sucht, weil dieser die rechtliche Vermuthung wider sich hat, folglich sich auch deutlicher hätte ausdrücken sollen. Interpretatio contra eum facienda est, qui clarius loqui debuisset [2]). Zu Folge dieser Regel sind daher pacta adjecta wider denjenigen zu interpretiren, der sie zur Erreichung einer solchen speciellen Absicht dem Contracte beygefügt hat [3]).

4) Ist es noch streitig, wer die Vermuthung für oder wider sich habe; so nehmen die Gesetze zur Regel an, daß der Vertrag wider den erkläret werden müsse, welcher es am ersten in seiner Gewalt hatte, die Dunkelheit bey dem Vertrage zu vermeiden [4]); woraus denn folgt, daß derjenige, welcher einen dunkeln Antrag gemacht, oder auf einen

2) *Iust. Henn.* BOEHMER Diss. de interpretatione facienda contra eum, qui clarius loqui debuisset. *Halae* 1767. SCHIERSCHMID Diss. de eodem argum. *Erlangae* 1766. Westphal vom Kauf rc. §. 32.

3) *L. 34. D. de contrah. emtione. L. 172. pr. D. de Reg. iur.*

4) *L. 39. D. de pactis.* Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam, venditori, et qui locavit, nocere: *in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere. L. 21. D. de contrah. emt.* LABEO scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emtori; *quia potuit, re integra, apertius dicere.* S. *Petr.* MARTRESIUS ad L. 39. D. de pactis. (in *Thes. Meermann.* Tom. VI.) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 230. *El. God.* STEEB Diss. sistens quaestionem, quis sit is, qui in conventione ambigua clarius loqui debuisset. *Tübingae* 1792.

einen deutlichen Antrag undeutlich geantwortet, oder sonst den Vertrag schriftlich aufgesetzt hat, die Auslegung gegen sich müsse machen lassen, weil durch seine nachlässige Erklärung die Dunkelheit des Vertrags entstanden ist. Hieraus ist unstreitig zu erklären, wenn die Gesetze sagen, daß die Dunkelheit des Vertrages dem Verkäufer, dem Verpächter, desgleichen dem Stipulator schaden solle [5]; weil es am ersten in deren Gewalt stand, deutlicher sich auszudrücken. Allein weil dieses doch nicht immer der Fall ist, sondern zuweilen auch der Käufer; oder der Pächter oder derjenige, welchem ein Antrag geschehen ist, Schuld dabey hat, daß die Sprache des Vertrags nicht deutlicher ausgefallen, so wird eben darum auch in andern Gesetzen die Interpretation gegen diese zu machen befohlen [6]. Endlich

5) wenn alle diese Auslegungsregeln nicht zutreffen, so muß die zweifelhafte Stelle des Vertrags so erklärt werden, wie es dem Versprechenden am wenigsten lästig ist. In dubio enim, quod minimum est, sequi oportet [7].

5) *L. 33. D. de contrah. emt. L. 26. D. de reb. dub. L. 38. §. 18. D. de verb. obligat. L. 99. D. eodem.*

6) *L. 41. pr. L. 110. §. 1. D. de verb. obligat. L. 34. D. de contrah. emt.*

7) Hufelands Lehrsätze des Naturrechts §. 618.

Berichtigungen.

S. 466. lin. 1. lese man eines solchen modi, statt: eines modi.
S. 528. — 12. ist ausser diesem Falle zu lesen.



